

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**Título**

**LA PRUEBA INDICIARIA EN EL DELITO DE COLUSIÓN**

**TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN  
DERECHO PENAL**

**AUTOR**

José Wilfredo Arrieta Caro

**ASESORES**

Erick Vladimir Guimaray Mori

Juan María Terradillos Basoco

Abril, 2018

## Abreviaturas

ALCE:	Antigua Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo 1017, derogada)
CGR:	Contraloría General de la República
CP:	Código Penal de 1991
C. de P.P:	Código de Procedimientos Penales de 1940
CPP 2004:	Código Procesal Penal del 2004
CTAR:	Consejo Transitorio de Administración Regional
INPE:	Instituto Nacional Penitenciario
IPSS:	Instituto Peruano de Seguridad Social
LCE:	Ley de Contrataciones del Estado (Ley 30255)
LCAE:	Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Ley 26850, derogada)
LDPSP:	Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2018 (Ley 30693)
MEF:	Ministerio de Economía y Finanzas
MININTER:	Ministerio del Interior
MP:	Ministerio Público
OSCE:	Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
PNP:	Policía Nacional del Perú
PRONAA:	Programa Nacional de Asistencia Alimentaria
PRONAMACHCS:	Programa Nacional de Manejo de Cuencas Hidrográficas y Conservación de Suelos
RLCE:	Reglamento de la Ley 30255, Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo 350-2015-EF)
R.N:	Recurso de Nulidad
RNP:	Registro Nacional de Proveedores
SEACE:	Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado
SERPOST:	Servicios Postales del Perú
TC:	Tribunal Constitucional

## Resumen:

A pesar de ser uno de los delitos contra la administración pública que ha recibido mayor atención doctrinal, el delito de colusión no ha sido hasta ahora objeto de un análisis detenido referido a sus particularidades probatorias. Las investigaciones que existen en la literatura especializada abordan sus problemas dogmáticos pero, al igual que la jurisprudencia, no profundizan demasiado sobre qué pautas seguir para considerar probada la concertación, más allá de señalar que la prueba indiciaria juega un rol fundamental.

Esta situación no ha impedido que los casos de colusión sigan ocupando un lugar importante tanto a nivel de carga procesal de las Fiscalías Anticorrupción, como en el imaginario colectivo de la sociedad (debido a la alta percepción que existe de corrupción en las compras estatales). Sin embargo, en ausencia de parámetros claros se han emitido varias resoluciones con importantes defectos en la argumentación para determinar los hechos probados. Siendo esto así, la presente investigación pretende hacer un aporte a la adecuada motivación de la valoración probatoria de dicho delito, planteando criterios que podrían considerarse al momento de examinar los medios probatorios en función, sobre todo, a la forma como la fiscalía sostiene que se ejecutó el acuerdo colusorio.

Con esa finalidad, el primer capítulo de la presente investigación identifica -a partir del análisis de aproximadamente 150 resoluciones de la Corte Suprema en las que se confirma la condena impuesta por la corte superior- los seis tipos de casos probados, o tipologías, de colusión más recurrentes en la jurisprudencia. En el segundo, se analiza críticamente la aplicación de la doctrina de la prueba indiciaria a dichos casos, detectando sus mayores problemas. Y finalmente, en el tercero se proponen determinados criterios para hacer más precisa, acertada y predecible la valoración probatoria en los mismos.

## Abstract:

Despite being one of the offenses against the public administration that has received more attention from the academy, the crime of collusion has not been subject to a thorough analysis regarding the particular features of its proof. Existing research in the field discusses its dogmatic problems but, just as the jurisprudence, does not delve into which guidelines follow in order to demonstrate the agreement, besides pointing out that circumstantial evidence plays a fundamental role.

The situation has not prevented the collusion cases from keep having a major place in the workload of the prosecution, as well as in the public imagination (due to the overall perception of corruption in public procurement). And yet, in absence of clear parameters, several rulings with important deficiencies in the reasoning to determine the proven facts have been issued. This being so, this research attempts to make a contribution to the analysis of the proof in those cases by suggesting some criteria that could be considered when assessing the circumstantial evidence. The guidelines are based mainly on the way how prosecution argues that the fraudulent agreement was fulfilled.

With this purpose, the first chapter of this research identifies – after reviewing approximately 150 rulings of the Supreme Court where the convictions were affirmed- six types of cases where the crime of collusion has been usually considered proved. In the second chapter, the use of the circumstantial evidence doctrine is critically analyzed in

those cases, detecting its main problems. And finally, in the third chapter specific criteria designed to improve the assessment of the evidence in collusion cases are proposed.



## Índice

<b>Introducción.....</b>	<b>10</b>
<b>Capítulo 1:</b>	
<b>La reconstrucción del estándar probatorio para considerar acreditado el acuerdo colusorio en la jurisprudencia de la Corte Suprema.....</b>	<b>13</b>
<b>1.1 Descripción y Justificación del universo de Ejecutorias Supremas tenidas en cuenta para reconstruir el estándar probatorio de acreditación del acuerdo colusorio.</b>	<b>13</b>
<b>1.2 Tipologías de ejecución del acuerdo colusorio encontradas en la jurisprudencia de la Corte Suprema .....</b>	<b>17</b>
1.2.1 Tipología, indicios, y estándar probatorio.....	19
a) Concepto de tipología .....	19
b) Indicios principales e indicios secundarios .....	20
c) Concepto de “estándar probatorio” .....	20
1.2.2 Tipologías encontradas.....	21
a) Tipología N° 1: Asignación de recursos prescindiendo de la participación de otros postores, ya sea falsificando documentos esenciales del proceso de contratación, o contratando con particulares sin proceso previo .....	21
b) Tipología N° 2: Inacción deliberada y falta de penalización de los graves incumplimientos contractuales en los que incurrió el privado, pagándosele pese a todo.....	28
c) Tipología N°3: Empleo de testaferros para encubrir al verdadero contratista o la verdadera naturaleza del bien adquirido, o contratación con familiares de funcionarios de la entidad .....	34
d) Tipología N°4: Selección deliberada del postor que no ofrecía las condiciones más ventajosas calificándolo de manera parcializada en el proceso de contratación.....	39
e) Tipología N° 5: Simulación de situaciones de excepción para omitir la realización de un proceso de selección y empleo deliberado de tipos de proceso distintos a los de ley con el fin de favorecer a un postor.....	42
f) Tipología N° 6: Redacción de las bases “a la medida” de un determinado postor y/o forzamiento de una adjudicación directa declarando desiertos dos concursos previos deliberadamente .....	47
<b>1.3 La expresión concreta del estándar probatorio de acreditación del acuerdo colusorio en la jurisprudencia actual de la Corte Suprema, para cada una de las modalidades de ejecución del delito de colusión encontradas .....</b>	<b>51</b>
<b>Capítulo 2:</b>	
<b>Crítica a la aplicación de la teoría de la prueba indiciaria en la valoración de la prueba del delito de colusión realizada por la Corte Suprema .....</b>	<b>55</b>
<b>2.1. Breve recapitulación de la doctrina de la prueba indiciaria y su relación con el delito de colusión .....</b>	<b>55</b>
2.1.1 La doctrina de la prueba indiciaria.....	55
<b>2.2. La aplicación de la doctrina de la prueba indiciaria por parte de la Corte Suprema en casos de colusión .....</b>	<b>63</b>



2.2.1 La preponderancia de los indicios subsecuentes en los casos de colusión.....	63
2.2.2. La estructura de la prueba indiciaria en materia de colusión tipología por tipología .....	65
a) <i>La prueba indiciaria en la tipología 1: Asignación de recursos prescindiendo de la participación de otros postores, ya sea falsificando documentos esenciales del proceso de contratación, o contratando con particulares sin proceso previo.....</i>	65
b) <i>La prueba indiciaria en la tipología 2: Inacción deliberada y falta de penalización de los graves incumplimientos contractuales en los que incurrió el privado, pagándosele pese a todo .....</i>	67
c) <i>La prueba indiciaria en la tipología 3: empleo de testaferros para encubrir al verdadero contratista o la verdadera naturaleza del bien adquirido, o contratación con familiares de funcionarios de la entidad. ....</i>	68
d) <i>La prueba indiciaria en la tipología 4: Selección deliberada del postor que no ofrecía las condiciones más ventajosas calificándolo de manera parcializada en el proceso de contratación .....</i>	70
e) <i>La prueba indiciaria en la tipología 5: Simulación de situaciones de excepción para omitir la realización de un proceso de selección y empleo deliberado de tipos de proceso distintos a los de ley con el fin de favorecer a un postor .....</i>	71
f) <i>La prueba indiciaria en la tipología 6: Redacción de las bases “a la medida” de un determinado postor y/o forzamiento de una adjudicación directa declarando desiertos dos concursos previos deliberadamente .....</i>	72
<b>2.3. Valoración crítica del empleo de la teoría de la prueba indiciaria que realiza la Corte Suprema cuando conoce casos por el delito de colusión .....</b>	<b>74</b>
2.3.1 Los casos más frecuentes en los que se confirma una condena o se anula una absolución corresponden a supuestos en donde o bien no se aplica la prueba indiciaria o bien se aplica mínimamente .....	74
2.3.2 Se confunde la enumeración de los hechos indicadores con la prueba del hecho indicado .....	84
2.3.3 La gran mayoría de funcionarios que obtienen fallos en su contra son de rango medio o bajo.....	100
2.3.4 Las decisiones que anulan condenas o confirman absoluciones adolecen de problemas similares.....	107

### Capítulo 3:

<b>Propuesta de valoración específica de la prueba indiciaria para casos de colusión .....</b>	<b>115</b>
<b>3.1 Planteamiento y contenido de la propuesta .....</b>	<b>115</b>
<b>3.2 Criterios que se proponen para valorar la prueba indiciaria en el delito de colusión según su tipología .....</b>	<b>117</b>
3.2.1 En los casos de asignación de recursos prescindiendo de la participación de otros postores, ya sea falsificando documentos esenciales del proceso de contratación, o contratando con particulares sin proceso previo (tipología 1).....	118
a) <i>La obligación de contar con distintas ofertas de bienes y/o servicios del sector privado antes de contratar debe ser identificada, fundamentada y plasmada en la argumentación .....</i>	<i>118</i>

b)	<i>Debe explicitarse por qué el uso de cotizaciones u otros documentos esenciales falsos solo pudo ser deliberado considerando el principio de confianza .....</i>	122
c)	<i>La selección del postor antes de la realización o culminación del proceso de contratación respectivo debe corresponderse con un comportamiento de éste que exprese aceptación .....</i>	124
d)	<i>El pago realizado al contratista privado para que ejecute obras, servicios, o venda bienes a la entidad sin proceso de contratación previo no debe estar autorizado por algún supuesto habilitante de la normativa sobre contrataciones .....</i>	125
e)	<i>La no correspondencia entre la experiencia para realizar la prestación requerida por las bases y la del postor elegido debe resultar perjudicial para la entidad, y los sobreprecios pagados deben calcularse con relación al precio de mercado vigente al momento de los hechos .....</i>	125
3.2.2	<b>En los casos de inacción deliberada y falta de penalización de los graves incumplimientos contractuales en los que incurrió el privado, pagándosele pese a todo (tipología 2) .....</b>	127
a)	<i>El incumplimiento contractual a pesar del cual el privado recibió el pago o no fue penalizado debe ser de trascendencia para la operación económica, no haber sido compensado ni justificado y, en lo posible, no estar controvertido .....</i>	127
b)	<i>Los funcionarios que notaron el incumplimiento contractual del privado y omitieron hacer efectiva la penalidad, e incluso le pagaron con normalidad, deben ser los competentes de acuerdo a la distribución de funciones en la entidad pública.....</i>	130
c)	<i>El particular al que se le imputa la recepción del pago de la entidad sabiendo que el trabajo no ha sido ejecutado debe estar en posición de conocer el estado de la prestación realizada en favor del Estado .....</i>	132
d)	<i>Los funcionarios que certificaron la idoneidad de la prestación del privado sin hacer ninguna observación deben haber omitido deliberadamente observar incumplimientos relevantes capaces de perjudicar seriamente los fines del contrato.....</i>	133
e)	<i>La ausencia de los requisitos administrativos del postor seleccionado para contratar será más relevante si éstos guardan relación directa con los incumplimientos producidos luego, y a pesar de los cuales cobró su contraprestación o no se le aplicó ninguna penalidad .....</i>	135
3.2.3	<b>En los casos de empleo de testaferros para encubrir al verdadero contratista o la verdadera naturaleza del bien adquirido, o contratación con familiares de funcionarios de la entidad (tipología 3) .....</b>	137
a)	<i>El vínculo entre el particular contratista y el funcionario del cual es testaferro debe ser previo o cuando menos concomitante al momento de la contratación .....</i>	137
b)	<i>El funcionario público del cual el particular es testaferro o familiar debe tener algún grado de influencia en la entidad que decide la contratación, sin que esto signifique necesariamente que deba trabajar en ella u ocupar necesariamente una posición de jerarquía .....</i>	138
c)	<i>El impedimento legal para que el funcionario que se oculta tras el testaferro contrate con el Estado no debe ser entendido como una condición indispensable para dotar de relevancia indiciaria la relación entre ambos ...</i>	140

d) <i>El supuesto sobreprecio debe calcularse en base a los precios de mercado en vigor al momento de los hechos y las cotizaciones de los otros concursantes, mientras que las infracciones administrativas deben tender a favorecer exclusivamente a la empresa del testaferro</i>	141
3.2.4 En los casos de selección deliberada del postor que no ofrecía las condiciones más ventajosas calificándolo de manera parcializada en el proceso de contratación (tipología 4)	143
a) <i>El juicio sobre la supuesta conveniencia de adquirir los bienes y/o servicios al postor elegido no debe limitarse a comparar precios, sino que debe abarcar todas las condiciones relevantes para la operación económica en la medida en que el proceso de selección concreto lo permita</i>	143
b) <i>Las justificaciones técnicas en base a las cuales se seleccionó a un postor a pesar de que sus precios eran superiores a los de los otros deben haber sido expresamente descartadas y no admitir un margen de discusión razonable</i>	148
c) <i>Las deficiencias encontradas en la prestación recibida por la entidad pública generarán mayor convicción como indicios de colusión si son significativas para el sentido de la operación económica y guardan relación con la asignación arbitraria de puntaje al postor ganador</i>	149
3.2.5 En los casos de simulación de situaciones de urgencia o excepción para omitir la realización de un proceso de selección y empleo deliberado de tipos de proceso de distintos a los de ley con el fin de favorecer a un postor (tipología 5)	151
a) <i>La declaración irregular de la situación de emergencia o desabastecimiento será más incriminatoria en la medida en que sea notoria e incluya un apartamiento respecto de sus requisitos esenciales</i>	151
b) <i>Mientras más precarias sean las condiciones del postor con el que se contrató de forma directa, más convincente será la tesis de que se forzó la situación de desabastecimiento o emergencia solo para poder contratarlo</i>	156
c) <i>La realización de maniobras de “fraccionamiento” cobrará mayor carga indiciaria cuando sea contraria al sentido de la operación económica realizada por generarle costos mayores a la entidad o suponga menor supervisión</i>	157
d) <i>La recepción de prestaciones defectuosas y/o la realización de pagos injustificados cobrará mayor fuerza indiciaria si no es motivo de penalidades o reclamos, medidas disciplinarias por parte de la entidad</i>	158
3.2.6 En los casos de redacción de las bases “a la medida” de un determinado postor y/o forzamiento de una adjudicación directa declarando desiertos dos concursos previos deliberadamente (tipología 6)	159
a) <i>Debe identificarse un estándar de calidad aplicable para el caso concreto a partir del cual se califique a los requisitos “sospechosos” como innecesarios</i>	159
b) <i>El análisis también puede incluir los requisitos que se omite colocar en las bases con el fin de favorecer a determinado postor</i>	161
<b>3.3 Criterios para la valoración de las infracciones administrativas en el marco de los casos de colusión y su relación con la prueba indiciaria</b>	162
a) <i>Trascendencia de cara a una o varias tipologías concretas de colusión y a su capacidad para ocasionarle un beneficio indebido relevante al privado</i>	166
b) <i>No acumulación meramente cuantitativa de las infracciones</i>	168
c) <i>Concatenación para favorecer a un único postor</i>	169



d) <i>No realización de procedimientos alternativos razonables para cautelar el interés público</i> .....	170
<b>Conclusiones</b> .....	172
<b>Bibliografía</b> .....	173
<b>Listado de jurisprudencia revisada</b> .....	176



## Introducción

Este trabajo no pretende profundizar en el análisis dogmático del delito de colusión, sino más bien en los razonamientos probatorios y evidencias que deben servir para considerar comprobado el núcleo de su injusto, es decir, el acuerdo colusorio. Mientras que ya existen diversas publicaciones que se encargan de lo primero<sup>1</sup>, las complejidades probatorias del tipo penal han merecido bastante menos atención, siendo esta la razón por la que consideré más útil intentar hacer un aporte en esta área.

Dichas complejidades, por otro lado, han sido reconocidas numerosas veces por la jurisprudencia como una realidad que debe ser superada para que el delito de colusión pueda cumplir su fin. La Corte Suprema ha señalado en más de una ocasión que la herramienta idónea para ese cometido es la prueba indiciaria<sup>2</sup>. Pero, salvo uno que otro pronunciamiento aislado, nunca ha ido mucho más allá de hacer una recomendación genérica en ese sentido.

Ese proceder tiene que haber influido en el no muy alentador estado actual de la cuestión que se expone en este trabajo: uso restringido de la prueba indiciaria, deficiencias

---

<sup>1</sup> Solo con respecto al trascendental tema del bien jurídico protegido, por ejemplo, nuestra doctrina abarca ya 3 posiciones. La primera considera que este consiste primordialmente en el patrimonio administrado por la entidad pública. Al respecto Véase: CASTILLO ALVA, Jose Luis. *Colusión Ilegal*. En: GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, Jose Luis. *El delito de colusión*. Grijley, Lima, 2008, p.75. La segunda lo define como el adecuado funcionamiento de la administración pública, entendido como el ejercicio legal de la función pública o la actuación conforme al deber inherente al cargo. Al respecto, véase –con distintos matices–: HUGO ALVAREZ, Jorge. *Delitos cometidos por Funcionarios Públicos contra la Administración Pública*. Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 85. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 3° edición. Grijley, Lima, 2014, p.273-274. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. Jurista editores, Lima, 2015, p. 355-356. GARCIA CAVERO, Percy. *Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión*. En: GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, Jose Luis. *El delito de colusión*. Grijley, Lima, 2008, p. 22-23 (adaptando la lógica funcionalista de su planteamiento a un esquema que sí considera el bien jurídico como objeto de protección por el Derecho Penal). GUIMARAY MORI, Erick. *La tipificación penal del delito de colusión*. En: Boletín Anticorrupción Idehpucp, N° 7, Octubre 2011, p. 4. Disponible en: [http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/octubre\\_2011\\_n07.pdf](http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/octubre_2011_n07.pdf).

Y la tercera combina las dos posiciones anteriores, indicando que incluye tanto la preservación del patrimonio público como la intangibilidad de los roles de los negociadores estatales. Véase: ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Palestra editores, Lima, 2008, p. 309. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4° edición, Grijley, Lima, 2007, p. 407.

<sup>2</sup> Por todas véase: Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 1722-2016-Del Santa emitida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 23 de enero del 2017, considerando octavo. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

importantes cuando se pretende emplear y casos, por lo general, de bajo perfil, que involucran solo a funcionarios de menor rango.

Para empezar a corregir esa situación, es importante intentar proveer a los operadores con mejores instrumentos de valoración de la prueba indiciaria para los casos de colusión. Ello supone dejar de lado las generalidades, e intentar una aproximación más precisa al modo cómo debe emplearse esta en cada una de las modalidades de ejecución del acuerdo colusorio. Dividiendo los casos de colusión según la manera de llevar a la práctica el acuerdo colusorio previamente celebrado entre el funcionario y el *extraneus*, pueden formularse también criterios para la valoración de la prueba indiciaria más específicos, y por eso mismo, más útiles para el operador, que simplifiquen su labor.

Con ese objetivo en mente, he dividido la tesis en tres partes. La primera describe el insumo principal empleado en la investigación, que no es sino la jurisprudencia de la Corte Suprema referida al delito de colusión, agrupándola en seis “tipologías” definidas según el modo de ejecución del acuerdo colusorio. La segunda resume la doctrina de la prueba indiciaria y desagrega las tipologías encontradas de acuerdo a los elementos de esta estructura probatoria, poniendo en evidencia las deficiencias en su aplicación. Y finalmente, la tercera propone una serie de criterios particulares para valorar la prueba indiciaria de forma específica en cada tipología.

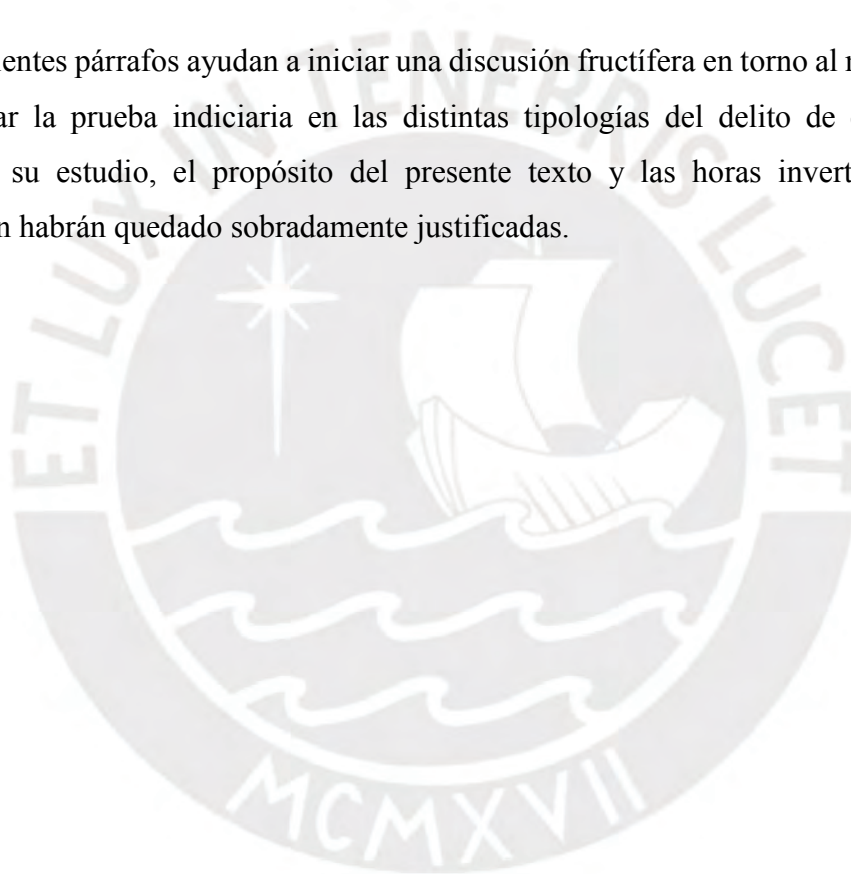
Con respecto a la metodología empleada, esta ha consistido fundamentalmente en la recopilación, sistematización y análisis crítico de una muestra importante de Ejecutorias Supremas para detectar sus deficiencias, y luego, en el planteamiento de criterios que puedan solucionar los problemas apreciados en ellas.

Dicho esto, es pertinente hacer un par de precisiones antes de pasar a la investigación en sí. La primera es que si bien todas las tipologías identificadas en este trabajo están vinculados a procesos de selección regulados por la Ley de Contrataciones del Estado (LCE), por ser las que cuentan con mayor casuística, en realidad se entiende aquí que el delito de colusión puede cometerse en cualquier operación económica estatal que ponga en riesgo los mismos o similares intereses (por ejemplo, aquellas en las que el Estado no adquiere bienes o servicios, sino que los vende, o aquellas en las que otorga préstamos, por poner solo dos ejemplos). Por esa razón, se emplea el término “operación económica

llevada a cabo por el Estado” en numerosos fragmentos, aludiendo al contexto en el que se puede cometer el delito.

Del mismo modo, se utiliza el término “proceso de contratación” para aludir, en general, a los procedimientos en los que el Estado contrata con terceros para adquirir bienes y servicios, independientemente de que el procedimiento en particular esté regulado o no por la LCE. En cambio, cuando se emplea el término “proceso de selección”, se está aludiendo específicamente a los procesos de contratación pública que sí están regulados por la LCE y su reglamento.

Si los siguientes párrafos ayudan a iniciar una discusión fructífera en torno al modo como debe operar la prueba indiciaria en las distintas tipologías del delito de colusión, e incentivan su estudio, el propósito del presente texto y las horas invertidas en su elaboración habrán quedado sobradamente justificadas.



## Capítulo 1:

### **La reconstrucción del estándar probatorio para considerar acreditado el acuerdo colusorio en la jurisprudencia de la Corte Suprema**

#### **1.1 Descripción y Justificación del universo de Ejecutorias Supremas tenidas en cuenta para reconstruir el estándar probatorio de acreditación del acuerdo colusorio.**

A pesar de su importancia, son raros en nuestro medio los trabajos que se dedican al análisis del razonamiento probatorio en los pronunciamientos de las Cortes de Justicia, en particular en materia de colusión<sup>3</sup>. No es lo mismo analizar la jurisprudencia que compilarla, y aunque ambas tareas son útiles en un sistema como el peruano –sin acceso irrestricto a las resoluciones judiciales de los tribunales<sup>4</sup>–, solo la primera exige prestar atención a la detección de líneas jurisprudenciales.

¿Qué son las líneas jurisprudenciales y por qué es importante identificarlas? Se definen como el conjunto de resoluciones que dan respuesta a un mismo problema jurídico, seleccionadas a partir de un mismo patrón fáctico, en un periodo de tiempo determinado<sup>5</sup>. Permiten, por tanto, responder a la pregunta de cuál ha sido la solución concreta que han dado las Cortes a una cuestión legal controvertida en el tiempo<sup>6</sup>.

En el caso del presente trabajo, esta cuestión legal controvertida tiene que ver con la acreditación del acuerdo colusorio o concertación, comportamiento central del tipo penal de colusión contenido en el art. 384° CP<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Entre los pocos textos que sí están orientados a la detección de líneas jurisprudenciales, sobre el tema que aquí nos ocupa, véase: VARGAS VALDIVIA, Luis. *Tratamiento de la prueba indiciaria en el delito de colusión desleal: especial referencia a la prueba indiciaria*. En: MONTROYA VIVANCO, Yvan (comp.). *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Idehpucp), Lima, 2012, p. 135-144. También: CASTILLO ALVA, Jose Luis. Op.cit. p. 188-210.

<sup>4</sup> De ahí la dependencia de los compendios jurisprudenciales, posiblemente el tipo de publicación jurídica más frecuente en nuestro medio. El Poder Judicial tiene varios buscadores de jurisprudencia en su sitio web pero ninguno de ellos cumple la tarea de ofrecer la jurisprudencia completa ordenada, como lo hace por ejemplo el Tribunal Constitucional.

<sup>5</sup> Próximo: AVELLANEDA ROJAS, Julio. *Líneas Jurisprudenciales establecidas en el Derecho Internacional y nacional a propósito del delito de terrorismo*. Instituto de Defensa Legal, Lima, 2011, p. 14-15.

<sup>6</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>7</sup> **Artículo 384° CP.-** *El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados*



La primera parte de esta investigación busca poner de manifiesto cuál ha sido la solución que la Judicatura le ha dado al problema de la prueba de la concertación, esto es, qué elementos probatorios ha exigido y qué razonamientos ha seguido para considerar que está probado o que existen serios indicios de la existencia de un acuerdo entre un funcionario y un particular para que el primero favorezca al segundo en el marco de una operación económica a cargo del Estado.

Para ello se analizará un universo significativo de resoluciones expedidas por la Corte Suprema que versan sobre este tema. Al ser el órgano de mayor jerarquía en el Poder Judicial, sus tendencias deberían definir las de las Cortes de menor rango, por lo cual resulta razonable priorizar sus pronunciamientos.

Se han tomado en cuenta, de este universo, solo las resoluciones emitidas bajo el C. de P.P de 1940 por ser las más abundantes, y solo aquellas en las que el órgano se pronuncia sobre el mérito probatorio de la sentencia recurrida evaluando el material de hecho del fallo y sus fundamentos jurídicos. Asimismo, el estudio se enfoca principalmente en las decisiones que confirman condenas o anulan absoluciones por colusión<sup>8</sup>, por ser estas las que arrojan mayores luces sobre los indicios considerados incriminatorios<sup>9</sup>. Revisando estos pronunciamientos a lo largo del tiempo, se logra responder a la pregunta sobre cuáles son los requisitos que la Corte Suprema exige para considerar probado el acuerdo colusorio.

Está claro que una Ejecutoria Suprema que se pronuncia favorablemente sobre la valoración de las pruebas que llevaron a una Sala a condenar a un sujeto por colusión constituye un insumo que debe ser tenido en cuenta en una investigación de este tipo.

---

*para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*

*El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.*

<sup>8</sup> Es una de las competencias que tiene la Corte Suprema cuando conoce un Recurso de Nulidad. Véase: SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. 3º edición. Grijley, Lima, 2014, p. 900 y 901.

<sup>9</sup> Se analizan también las decisiones que anulan condenas y confirman absoluciones, pero más brevemente y solo a efectos de detectar la problemática en el empleo de la prueba indiciaria. Véase: *Infra*, capítulo 2, numeral 2.3.4.

Pero son también relevantes aquellas resoluciones que anulan absoluciones, en tanto se consideren solamente las que de este grupo se pronuncian sobre el mérito probatorio de la sentencia recurrida. Este tipo de pronunciamientos contiene una apreciación sobre la prueba obrante en el expediente que indica que existen indicios incriminatorios que no han sido valorados, y por ende resultan útiles para revelar lo que la Corte Suprema entiende como indicios de la probable configuración del delito de colusión.

La muestra de Ejecutorias Supremas que confirman condenas o anulan absoluciones tomadas en cuenta para esta investigación se expresa en el siguiente gráfico:



Como puede apreciarse, existe cierta irregularidad en la cantidad de Ejecutorias disponibles, siendo el 2013 y el 2014 los años a los que corresponde la mayor cantidad de resoluciones recopiladas. En total, 165 resoluciones expedidas por el máximo tribunal judicial a lo largo de 19 años.

El precepto típico del delito, por su parte, ha sufrido hasta la fecha cinco variaciones. La primera, de diciembre de 1996, pretendió excluir del alcance del tipo a los funcionarios de empresas del estado o sociedades de economía mixta<sup>10</sup>. La jurisprudencia no aceptó esta exclusión y siguió condenando a estos funcionarios como autores del delito aunque

<sup>10</sup> **Artículo 384° del CP, luego de ser modificado por el art. 2° de la Ley 26713, del 27 de Diciembre de 1996.-** *El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.*

hubiesen dejado de ser mencionados expresamente en la norma, entendiendo que éstos siempre habían estado incluidos en el concepto de “funcionarios públicos”<sup>11</sup>.

Posteriormente, en junio del 2011 se agregó como un nuevo elemento del tipo penal la exigencia de que la defraudación fuese “patrimonial”, pretendiendo zanjar con ello la discusión acerca de si el delito requería o no un perjuicio económico para configurarse<sup>12</sup>. La modificación generó un rechazo tan intenso en la opinión pública que el Congreso tuvo que rectificarse 1 mes y 11 días después, estableciendo dos tipos de colusión: la simple, que no requiere perjuicio patrimonial, y la agravada, que requiere como mínimo la puesta en peligro del patrimonio público<sup>13</sup>. Más adelante el TC declararía inconstitucional la norma que introdujo el término “patrimonial”<sup>14</sup>.

Finalmente, en noviembre del 2013 el precepto volvió a ser modificado para agregar a la sanción de ambas formas de colusión una cantidad de días multa<sup>15</sup>. Ninguna de estas

---

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo, la Ejecutoria Suprema recaída en el Expediente N° 4874-96-Lima, Sala C de la Corte Suprema, del 27 de Noviembre de 1997: “*La interpretación legal, no puede ser simplemente literal sino teleológica, es decir, buscando el fin y el espíritu de la norma, caso contrario, se daría lugar y se ampararía la impunidad de muchos ilícitos penales. El artículo 40 de la Constitución del Estado rige para los efectos de beneficios sociales mas no para la determinación de funcionarios públicos que incurren en responsabilidad penal, lo que sí establece el artículo 425 del CP.*”

<sup>12</sup> **Artículo 384° del CP, luego de ser modificado por el art.1° de la Ley 29703, del 10 de junio del 2011.-** *El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.*

<sup>13</sup> **Artículo 384° del CP, luego de ser modificado por el art. único de la Ley 29758, del 21 de julio del 2011.-** *El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.*

*El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.*

<sup>14</sup> Mediante sentencia del 07 de junio del 2012, recaída en el Expediente N° 00017-2011-PI-TC.

<sup>15</sup> **Artículo 384° del CP, luego de ser modificado por el artículo único de la Ley 30111, del 26 de noviembre del 2013.-** *El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*

*El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u*

variaciones generó un impacto trascendente sobre la prueba del acuerdo colusorio, razón por la cual la jurisprudencia tomada en cuenta para la presente investigación pertenece indistintamente a cualquiera de los periodos mencionados.

Precisado el marco jurisprudencial y legal en el que se inscriben las decisiones judiciales analizadas, corresponde ahora profundizar en la forma cómo la Corte Suprema ha valorado la existencia de prueba suficiente para considerar o bien que la concertación estaba acreditada o bien que existía una sospecha razonable de su concurrencia.

## **1.2 Tipologías de ejecución del acuerdo colusorio encontradas en la jurisprudencia de la Corte Suprema**

Profundizar en la acreditación del acuerdo colusorio implica dejar de ver la colusión como un suceso uniforme descrito en una norma legal y empezar a apreciarla como un fenómeno bajo el que se agrupan distintas formas de ejecutar un acuerdo ilegal.

Partir de esta observación permite entender por qué es que en muchos casos las evidencias claves en un caso de colusión corresponden a hechos posteriores al delito<sup>16</sup>. Del mismo modo, el delito de colusión presenta la particularidad de que en él la prueba del acuerdo colusorio y la de su ejecución se confunden. Por esta razón, es posible sancionar como cómplices a los funcionarios que manipulan un proceso de contratación para que sea elegido un postor determinado a pesar de que el pacto en virtud del cual este resultó ganador fue bastante anterior a sus actuaciones, en el entendido de que si actuaron de ese modo fue porque concertaron con el privado anteriormente<sup>17</sup>.

La acreditación de este delito suele realizarse de manera inductiva, yendo de las consecuencias del acuerdo colusorio al acuerdo colusorio mismo. Ello podría generar cuestionamientos debido a la apariencia de que se están probando sucesos propios de la

---

*organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.*

<sup>16</sup> La doctrina los conoce como “indicios subsecuentes”. Véase: GARCÍA CAVERO, Percy. La prueba por indicios. Editorial Reforma, Lima, 2010, p. 58. En detalle ver: *Infra*, capítulo 2, numeral 2.2.1

<sup>17</sup> Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, colusión es **un pacto ilícito en daño de tercero**. Véase: <http://dle.rae.es/?id=9s5urAc&o=h>, revisado el 31.10.2015. No es posible, por razones de espacio, ahondar aquí en el concepto de “acuerdo colusorio” que permite la punición de actos posteriores al pacto entre el funcionario y el particular.



fase de agotamiento<sup>18</sup>. Sin embargo, dicha percepción es equivocada, como se demostrará al revisar posteriormente la teoría de la prueba indiciaria<sup>19</sup>.

Por ahora, lo que interesa poner de manifiesto es que si se logra dar una mirada a la evidencia empleada para condenar o anular una absolución a lo largo del tiempo, separando los medios de prueba según el modo de ejecución del acuerdo colusorio, se pueden llegar a identificar varios estándares probatorios *de probable condena*, agrupándolos en tipologías.

Sobre esto último, es crucial destacar dos cosas: primero, no existe uno, sino *múltiples estándares probatorios*, porque las formas de ejecutar un delito y agotarlo son muy variadas. La colusión no es la excepción, y por ende no es posible fijar un solo conjunto de indicios a partir de los cuales resulte más probable condenar, ya que éstos variarán en función a la casuística concreta. Es necesario trabajar por grupos de casos, y analizar el razonamiento de las cortes en cada uno de ellos por separado.

Segundo, los estándares son de *probable condena* y no de *condena*, porque incluso si en un caso concreto se verifican todos los elementos que corresponden a una determinada línea jurisprudencial de condena –que aquí llamo tipología– ello no significa que necesariamente se deba llegar a ese resultado. Es posible que, en un caso concreto, el imputado aporte medios probatorios que modifiquen la relación entre la prueba de cargo y de descargo, generando con ello duda razonable o incluso probando su inocencia.

Hechas estas precisiones, es justo reconocer que sí es posible identificar líneas jurisprudenciales de probable condena y, en éstas, hechos e indicios en los que se basa la Corte Suprema para llegar a esa decisión, creando así tipologías para cada modalidad de ejecución del acuerdo colusorio.

---

<sup>18</sup> El agotamiento del delito es entendido mayoritariamente como un periodo posterior a la consumación delictiva, y por tanto, penalmente irrelevante, en el cual el sujeto realiza una conducta destinada a satisfacer la finalidad por la cual ejecutó el delito (por ejemplo vender el objeto que robó). Sin embargo, en los casos en los que esta conducta se encuentra en unidad de acción con la que consuma el tipo penal, los actos de cooperación ejecutados en esta fase pueden calificar como complicidad. Sobre esto: GARCIA CAVERO, Percy. Derecho Penal. Parte General. Grijley, Lima, 2008, p. 629.

<sup>19</sup> *Infra*, Capítulo II, numeral 2.1.1



### 1.2.1 Tipología, indicios, y estándar probatorio

#### a) Concepto de tipología

El concepto de tipología del que se parte en esta investigación es tomado de Páucar Chappa, quien sostiene que estas se realizan, para el caso del delito de lavado de activos, a partir de la identificación, categorización y descripción de las técnicas y métodos utilizados por las organizaciones criminales para dar apariencia de legalidad a las ganancias de procedencia ilícita y desplazarlas de un lugar a otro a efectos de su disfrute o recapitalización<sup>20</sup>.

Trasladando esta lógica al delito de colusión, las tipologías propuestas aquí se formularán a partir de la identificación, categorización y descripción de las técnicas y métodos empleados, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema, por funcionarios públicos y particulares para ejecutar el acuerdo colusorio. Dicha ejecución supondrá, generalmente, darle apariencia de legalidad a los actos por los cuales ambos actuarán de manera coordinada para que beneficiar al particular en el marco de la operación económica concreta (habitualmente, pero no siempre, un proceso de contratación pública).

El uso de las tipologías arrojará como resultado secuencias de hechos señaladas como probables formas de ejecución de un acuerdo colusorio y por ende, cadenas de indicios idóneas para acreditar el delito, así como modelos de inferencia que permiten pasar del hecho indicador al hecho indicado.

El objetivo de trabajar con tipologías es facilitar la evaluación del razonamiento propio de la prueba por indicios, analizándola de manera individual para cada una de ellas. El valor agregado de sistematizar de este modo la información es que permite superar las abstracciones para acercar al operador no ya a la valoración genérica de la prueba por indicios en el delito de colusión, sino a la valoración de la prueba por indicios en un caso de colusión correspondiente a una tipología concreta.

---

<sup>20</sup> PÁUCAR CHAPPA, Marcial. La investigación del delito de lavado de activos. Tipologías y Jurisprudencia. Ara Editores, Lima, 2013, p.84.

Conviene precisar, además, que las tipologías son referenciales y no son categorías dogmáticas. Están construidas sobre la base de datos fácticos y no sobre abstracciones conceptuales. Por ende, si bien se han intentado definir pensando en supuestos claramente identificables y distintos entre sí, siempre es posible que en ciertos casos coincidan y se superpongan. Ello no altera de forma significativa el análisis, ya que de suceder ello se le dará prioridad a la que tenga mayor peso en el razonamiento probatorio del juzgador.

#### **b) Indicios principales e indicios secundarios**

El análisis propuesto requiere diferenciar entre indicios principales e indicios secundarios. De otro modo, la variedad de los casos impediría poder hacer apreciaciones generales sobre el razonamiento probatorio seguido en los casos que componen una tipología.

Los indicios principales son los que determinan el nombre de la tipología concreta, siendo los que mejor expresan el elemento predominante que permite inferir la existencia de un acuerdo colusorio en el caso concreto, o dicho de otro modo, los que generan la mayor carga indiciaria incriminatoria. Acreditan la modalidad particular de ejecución del acuerdo colusorio llevada a cabo por los intervinientes.

Los indicios secundarios, en cambio, acompañan al indicio principal sin tener la misma importancia que éste de cara al razonamiento probatorio, pero permitiendo reforzar la idea de una colusión como única explicación posible de los sucesos en el caso concreto. Tienen, además, siempre una relación de complementariedad o incluso dependencia respecto del indicio principal. Por sí solos, en muchos casos constituirían meras infracciones administrativas o malas decisiones económicas, pero difícilmente podrían acreditar el acuerdo colusorio. Es su combinación y lectura conjunta con el indicio principal la que les otorga un importante valor probatorio de cargo.

#### **c) Concepto de “estándar probatorio”**

Analizar la aplicación del razonamiento probatorio en materia de prueba indiciaria para fundamentar una condena permitirá ir, poco a poco, obteniendo estándares probatorios de probable condena para cada una de las tipologías encontradas.

En general, cuando en doctrina se habla del “estándar probatorio de condena” se alude a la necesidad de acreditar la acusación más allá de toda duda razonable, cuestión que no es sino una mera aplicación del principio de presunción de inocencia conforme al cual en caso de duda, el juez debe absolver<sup>21</sup>. No es mucho lo que nos dice dicho estándar acerca de los indicios concretos para condenar en un delito determinado.

Las tipologías expuestas en los párrafos siguientes pretenden aportar en este ámbito, permitiendo construir los estándares probatorios de probable condena de una forma más concreta y precisa a partir de la sistematización de la jurisprudencia. Estos estándares son entendidos aquí como el conjunto de razonamientos que, en base a la evidencia y los indicios propios de determinada tipología, suelen conducir a la acreditación de la ejecución del acuerdo colusorio y a través de ella, a la acreditación del acuerdo colusorio propiamente dicho. En la parte final de la investigación se detallan todas las Ejecutorias que pertenecen a cada tipología.

### **1.2.2 Tipologías encontradas**

#### **a) Tipología N° 1: Asignación de recursos prescindiendo de la participación de otros postores, ya sea falsificando documentos esenciales del proceso de contratación, o contratando con particulares sin proceso previo**

La primera tipología encontrada en la jurisprudencia de la Corte Suprema corresponde a los casos en los que una entidad estatal le asigna a un privado la facultad de realizar una labor remunerada o de venderle bienes prescindiendo totalmente de cualquier proceso de contratación, o bien simulando la concurrencia de otros postores por medio de la falsificación de documentos esenciales para el proceso de contratación, como sus propuestas técnicas o cotizaciones.

Todos los casos de colusión suponen un apartamiento respecto de las reglas de la operación económica en la que el delito se produce, pero esta tipología se caracteriza porque en ella no hay otros postores que participen de la operación junto al coludido, o bien el proceso se tramita sin contar con elementos esenciales del mismo, con lo cual en

---

<sup>21</sup> Por todos véase: NIEVA FENOLL, Jordi. La duda en el proceso penal. Marcial Pons, Madrid, 2013, pags. 62-72.

la práctica en realidad no hubo proceso de contratación. No hay otros competidores distintos al ganador que hayan participado en el proceso de contratación.

Es claro que el Estado no puede contratar como lo hacen los privados, aunque en ciertos casos los principios a los que está sometido se relajan<sup>22</sup>. Fuera de éstos, si un privado ya tiene el visto bueno para realizar una tarea determinada sin haber sido seleccionado en el procedimiento respectivo, ello resulta sospechoso de colusión.

Dentro de los casos en los que el proceso de contratación ni siquiera se llevó a cabo de manera oportuna, al punto que la documentación emitida para seleccionar al postor es posterior a la emisión de los documentos para pagarle, se encuentra la Ejecutoria Suprema recaída en el Expediente 3137-2000-Lima<sup>23</sup>. En ese caso, diversos directores y jefes de área del INPE se coludieron con el representante de la empresa NIGISA para que ésta ejecutara servicios orientados a optimizar la red eléctrica del penal de Tambo de Morachincha y realizara trabajos de mantenimiento del grupo electrógeno del penal de Lurigancho. El monto que se iba a pagar por los 2 servicios ascendía a aproximadamente 41,000 soles.

Posteriormente, se descubrió que las órdenes de servicio emitidas por el INPE para que la empresa favorecida comenzara a ejecutar los servicios eran anteriores al cuadro de cotizaciones corrientes que comparaba las ofertas de los distintos postores<sup>24</sup>, y a pesar de eso estaban firmadas y visadas por el Director de Abastecimientos y Servicios Auxiliares, el Jefe de la Unidad de Adquisiciones, el Director General de Administración y el Jefe de Control Previo.

Sin un cuadro de comparación de cotizaciones el INPE no podía haber sabido qué oferta era la mejor. No obstante, las órdenes de servicio fueron emitidas con anterioridad a éste. Ello demuestra que los trabajos se asignaron sin que hubiera una participación real de

---

<sup>22</sup> Véanse artículos 4° y 5° de la LCE. Los casos de contratación directa sí implican seguir ciertas reglas previstas en el art. 85° y siguientes del RLCE.

<sup>23</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Expediente 3137-2000-Lima, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 24 de enero del 2001. En: ROJAS VARGAS, Fidel. Jurisprudencia Penal Comentada. Tomo II. Idemsa, Lima, 2005, pags. 308-311.

<sup>24</sup> Esta información se encuentra en el Dictamen Fiscal Supremo 2666-00-3FSPEDTA-MP-FN, adjunto a la Ejecutoria Suprema comentada. En: Ibidem, p. 309-311.

otros postores ni una evaluación de propuestas alternativas a aquella por la que finalmente se optó.

La inconsistencia entre las fechas de ambos documentos no fue cuestionada por ninguno de los cuatro funcionarios que los revisaron y firmaron para proceder al pago. La fecha del cuadro de cotizaciones, además, era también posterior a la de los cheques y comprobantes de pago, los cuales fueron emitidos pese a que no se había ejecutado todavía trabajo alguno.

El patrón de emitir el cuadro de cotizaciones después de haber emitido los documentos para pagar por un bien o servicio no ejecutado se aprecia también en otros casos. En el que corresponde a la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 1477-2004-Arequipa<sup>25</sup>, la Dirección Regional de Salud de Arequipa le compró a “Créditos S.C.R.L” 4300 metros de teja nido de abeja entre los meses de agosto y septiembre de 1995, a pesar de que la misma no estaba comprendida dentro del plan de obtención de la institución. La comparación entre el cuadro de cotizaciones y las facturas, cheques y guías de remisión demostró que los segundos habían sido emitidos antes que el primero.

Cuando no hay tanto descuido en la realización de maniobras para ejecutar el acuerdo colusorio, los funcionarios coludidos toman la precaución de simular la concurrencia de otros postores distintos al ganador al momento de tomar la decisión, cuyas ofertas supuestamente fueron derrotadas. La Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 2653-2009-Ica<sup>26</sup> es un buen ejemplo de esta variante al interior de la tipología.

En ese caso, el Alcalde de la Municipalidad de Sunampe (Ica) se había puesto de acuerdo con un particular para adjudicarle la buena pro en la celebración de dos contratos por adjudicación directa para ejecutar dos trabajos cartográficos. Se comprobó después que la única propuesta técnica económica que obraba en el expediente administrativo era la del ganador.

---

<sup>25</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 1477-2004-Arequipa emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 1 de marzo del 2005. En: GARCIA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, Luis. El delito de colusión. Grijley, Lima, 2008, p. 218-220.

<sup>26</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 2653-2009-Ica, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 19 de mayo del 2010. En: NOLASCO VALENZUELA José y AYALA MIRANDA, Érika. Delitos contra la Administración Pública. Tomo II. Ara Editores. Lima, 2013, pags.1030-1036.



El cuadro de cotizaciones, que consignaba propuestas económicas de cinco supuestos postores, solo tenía información sobre el precio de cada supuesta oferta mas no de sus especificaciones técnicas. En el expediente administrativo solo figuraba la invitación cursada por el alcalde al postor que resultó ganador. No figuraban invitaciones al resto de postores del cuadro ni sus propuestas técnicas, lo cual permitió concluir que éstos en realidad nunca participaron del mismo. Además, el Municipio efectuó un pago a cuenta de 120,000 nuevos soles y pagó el saldo de 10,000 soles sin acreditar la realización de los trabajos respectivos.

En el caso que corresponde a la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 2483-2010-Arequipa, el alcalde de la Municipalidad de Yanahuara (Arequipa) se coludió con los miembros de la comisión especial permanente de adjudicaciones y contrataciones y con una representante de la empresa COMREYSER en un procedimiento de adjudicación directa para la adquisición de un camión cisterna. Para ello, simularon la concurrencia de otros postores mediante la falsificación de propuestas técnicas<sup>27</sup>.

El postor que había competido y perdido con el ganador declaró que en realidad la carta supuestamente remitida por su empresa con su oferta contenía una firma que no era la suya, lo cual demuestra que una vez más no hubo participación real de terceros distintos a la empresa ganadora. Aquí, además de los rasgos analizados en los otros dos casos, se pudo comprobar mediante una pericia valorativa que el valor real del vehículo era de 29,692 soles, y no de 56,227 soles. Esto significaba que la empresa pagó un sobreprecio de casi el 50% del valor del bien.

También sigue este patrón la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 1702-2007-Piura<sup>28</sup>, que confirmó la condena contra el alcalde de Tamarindo (Piura) por haber pagado a una empresa el 50% del precio de un volquete antes de que se le otorgara la buena pro respectiva y se autorizase la compra en el Consejo edil, con un sobreprecio de

---

<sup>27</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 2483-2010-Arequipa, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 9 de agosto del 2011. En: NOLASCO VALENZUELA José y AYALA MIRANDA, Érika. Op. cit. pags.1019-1031.

<sup>28</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 1702-2007-Piura emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, del 12 de marzo del 2008. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

aproximadamente 12,000 dólares. Ello demuestra nuevamente que no se hizo ninguna evaluación de otros postores antes de asignar los recursos.

Lo mismo sucede con la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 638-2007-Ancash<sup>29</sup>, que confirmó la condena contra el ex alcalde de la municipalidad de Carlos Fitzcarrald (Ancash) por colusión y otros delitos debido a que adjudicó de forma directa y sin motivar ni explicar mínimamente la selección del tío del jefe de personal de la entidad edil para que le vendiese arena, hormigón y piedras. Estos materiales eran extraídos de una cantera de propiedad del propio alcalde, cuyo capataz era también el tío del jefe de personal.

Si bien por el monto de la compra era factible prescindir de un proceso de selección, el principio de transparencia contenido en el artículo 3° de la entonces vigente LCAE<sup>30</sup> obligaba a explicar por qué se contrató al ganador y cómo es que éste cumplía los requisitos para ser elegido, cosa que nunca se hizo.

Puede consultarse, en la misma línea, la decisión de la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 2473-2008-Lima Norte<sup>31</sup>, en la que se anuló la absolución a funcionarios de SERPOST que contrataron y pagaron sin proceso de selección diversas consultorías para hacer informes que no eran necesarios ni habían sido previstas en el presupuesto de la entidad para su ejecución. Varias de las consultorías mandadas a hacer no tenían aplicación práctica y en ocasiones el resultado de las mismas ni siquiera llegó al área con la que el informe guardaba relación.

---

<sup>29</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 638-2007-Ancash emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 31 de enero del 2008. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>30</sup> **Artículo 3° del TUO de la Ley 26850 (Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, actualmente derogada).**- *Principios que rigen a las contrataciones y adquisiciones.- Los procesos de contratación y adquisición regulados por esta Ley y su Reglamento se rigen por los siguientes principios; ello sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo y del Derecho Común:*

(...)

*Principio de Transparencia: Toda adquisición o contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores. Los postores tendrán acceso durante el proceso de selección a la documentación de las adquisiciones y las contrataciones.*

(...) (destacado añadido)

<sup>31</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 2473-2008-Lima Norte emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 26 de agosto del 2009. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

Algo similar sucede en la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 529-2008-Arequipa<sup>32</sup>, en la que la Corte Suprema anuló la absolución de funcionarios y *extraneus* de una municipalidad en la que se habían realizado compras de menor cuantía sin conocimiento del área de logística y sin realizar cotizaciones ni cuadros comparativos, como lo mandaba el procedimiento de Ley. Adicionalmente, se habían comprado materiales a una empresa que no era del rubro, verificándose la existencia de sobrepuestos.

Del mismo modo, pueden consultarse las decisiones plasmadas en las Ejecutorias Supremas recaídas en los R.N N° 5227-2008-Cajamarca<sup>33</sup> (compra de insumos para el programa del vaso de leche sin proceso de selección en la municipalidad distrital de Chancay Baños; la Corte Suprema anuló la absolución del alcalde), 628-2009-Ica<sup>34</sup> (realización de la represa Cieneguilla gastando 270,000.00 soles, sin expediente técnico ni proceso de selección; el alcalde imputado se conformó ante la evidencia de cargo y la Corte Suprema lo aceptó), y 1015-2009-Puno<sup>35</sup> (proceso de contratación realizado por funcionarios del PRONAMACHCS para comprar herramientas agrícolas se hizo sin bases, las solicitudes de cotizaciones fueron hechas por personas ajenas al Comité y la gerencia no había emitido las resoluciones exonerando de licitación pública a la compra, ni se comunicó a la CGR la misma, como lo mandaba la ley; la Corte confirmó las condenas existentes y anuló las absoluciones).

Véanse también la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 246-2008-Callao<sup>36</sup> (convenio ilegal suscrito entre una asociación civil y la municipalidad de ventanilla para contratar servicios educativos de nivelación sin proceso de selección; la Corte anuló las

---

<sup>32</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 529-2008-Arequipa emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 8 de mayo del 2009. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>33</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 5227-2008-Cajamarca emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 18 de febrero del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>34</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 628-2009-Ica emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 27 de enero del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>35</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 1015-2009-Puno emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 17 de febrero del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>36</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 246-2008-Callao emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 14 de abril del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

absoluciones), y la correspondiente al R.N N° 1247-2009-Apurimac<sup>37</sup> (venta de vehículo y compra de materiales de construcción a los hermanos del alcalde sin proceso de selección en el municipio de Pomacocha; la Corte anuló las absoluciones)entre otras.

Prescindir de otros postores es una modalidad de ejecución del acuerdo colusorio que permite direccionar los recursos de la entidad pública de manera sencilla y sin necesidad de emplear mayor sofisticación en los mecanismos destinados a disimular la maniobra, en la medida en que no existen otras personas interesadas en descubrir la puesta en escena.

Ello abre la puerta a toda una serie de irregularidades mayores facilitadas por la ausencia de control y sujetos interesados en que se lleve a cabo. Entre otras, pueden citarse: la contratación de una empresa que no reúne los requisitos legales sin evaluación técnica, el pago de sobreprecios de más del 50%, o la adquisición de bienes innecesarios para la entidad. En esta modalidad, estos serían los indicios secundarios.

Por su parte, los indicios principales que permiten demostrar que una contratación se ha llevado a cabo prescindiendo de otros postores o sin proceso de contratación, en esta línea jurisprudencial, son la emisión de cuadros de cotizaciones en fecha posterior a la de los documentos de pago o adjudicación del trabajo, así como la falsificación de propuestas técnicas de otros postores, y la celebración de contratos con privados sin seguir los procedimientos de ley.

Esta tipología es, de lejos, una de las líneas jurisprudenciales más sólidas de la Corte Suprema en la materia. Salvo circunstancias extraordinarias, se suele condenar a los funcionarios y *extraneus* involucrados en estos hechos, o anular sus absoluciones, cuando no se realizó el proceso de contratación de ley o se simuló la concurrencia de otros postores.

---

<sup>37</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 1247-2009-Apurimac emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, del 18 de agosto del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

**b) Tipología N° 2: Inacción deliberada y falta de penalización de los graves incumplimientos contractuales en los que incurrió el privado, pagándosele pese a todo**

La siguiente tipología agrupa los casos en los que a pesar de que era evidente que el postor seleccionado no había cumplido con sus obligaciones contractuales principales, ninguno de los controles propios del proceso de contratación se activó para penalizarlo y proteger los intereses de la entidad y por el contrario, esta realizó pagos a su favor cuando lo que correspondía era exigirle cumplir con su parte del contrato, aplicar alguna penalidad, o eventualmente ejecutar alguna garantía ofrecida.

Sin embargo, antes de profundizar en ella es importante hacer la siguiente salvedad: si bien los incumplimientos contractuales que la componen suelen ser claros y evidentes, el juez penal no está facultado para declarar el incumplimiento de obligaciones contractuales.

Esto quiere decir que al realizar el análisis probatorio respectivo, debe cuidarse de declarar abiertamente que dichas obligaciones fueron incumplidas (por más que sea claro que lo fueron). En su lugar, tendría que limitarse a describir objetivamente que a pesar de que el privado no ejecutó la prestación a la que se había comprometido, no fue sancionado por el Estado y por el contrario, se le pagó como si no hubiese incurrido en una irregularidad.

A pesar de lo anterior, para efectos pedagógicos prefiero usar en esta investigación la referencia al “incumplimiento de contratos” aunque estos no hayan sido declarados como tales por los jueces penales, sino meramente apreciados y calificados como indicios de un delito en el marco del proceso penal.

Hecha esta precisión, corresponde adentrarse en los casos que integran esta tipología. El caso resuelto por la Corte Suprema a través del R.N N° 144-2004-Junin<sup>38</sup> muestra bien las principales características de la misma. Los hechos son los siguientes: dos jefes de

---

<sup>38</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 144-2004-Junin, del 7 de julio del 2004, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. En: SANTA MARIA PECQ, Luis Carlos (Dir.). Jurisprudencia Penal. Tomo II. Editorial Normas Legales, Lima, 2005, p.220-225.



área y un director de la municipalidad de El Tambo- Huancayo se pusieron de acuerdo con el dueño de una empresa privada (COFESA) para simular una compraventa de 2000 bolsas de cemento. Esta empresa no contaba con licencia de funcionamiento, ni local comercial, ni inscripción en el Registro Nacional de Contratistas<sup>39</sup>.

Las bolsas de cemento nunca ingresaron a la Municipalidad. Sin embargo, los funcionarios mencionados hicieron que la empresa privada recibiera dos cheques por el monto de 33,000 soles como si ésta se las hubiese entregado, a pesar de que tenían el rótulo “contra entrega”. El dueño de COFESA, acompañado de otro funcionario, convirtió el dinero a dólares y lo depositó en la cuenta del banco del Director de Planificación. La Corte confirmó el extremo de la decisión que condenaba a uno de los imputados, y anuló el que absolvía al otro.

Otro caso similar fue el que corresponde al R.N N° 3978-2001-Arequipa<sup>40</sup>. De acuerdo a los hechos del caso, el alcalde de la municipalidad de Mejía se puso de acuerdo con el representante de la empresa “COCASA” para la construcción de la carretera “Mejía- El Conto” sin respetar los convenios suscritos por el municipio con el gobierno regional de Arequipa, los cuáles prohibían contratar de la forma cómo se hizo.

Se realizó un pago adelantado para la ejecución de la obra por 84, 762 soles a pesar de las graves irregularidades evidenciadas, como el hecho de que los materiales usados para construir la carretera no tenían el grado de compactación suficiente. A pesar de todo esto, el alcalde dio la conformidad de obra respectiva<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> En aquel entonces, la norma vigente era la Ley N°26850, o Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que en su artículo 8° indicaba lo siguiente: **Artículo 8° de la Ley N° 26850.-** *Para ser postor de obras se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Contratistas y no estar incluido en el Registro de Inhabilitados para Contratar con el Estado. Este último requisito es también válido para el caso de adquisiciones, suministros, servicios generales y consultoría.* (destacado añadido)

<sup>40</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 3978-2001-Arequipa, del 9 de octubre del 2002, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. En: PÉREZ ARROYO, Miguel. La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú. (2001-2005). Tomo II. Editorial San Marcos. JurisConsulti Editores. Lima, 2006, pags. 1302-1308.

<sup>41</sup> PÉREZ ARROYO, Miguel. Op. cit. p. 1307, Dictamen Fiscal Supremo.

También puede citarse aquí el caso que corresponde al R.N N° 2222-2004-Tumbes<sup>42</sup>. En ese caso, los funcionarios de la Municipalidad de Tumbes se coludieron con los miembros de las empresas “Real Service Sociedad de Responsabilidad Limitada” y “L & R Contratistas Generales S.A” para la ejecución de la rehabilitación de las vías de comunicación Zarumilla-Zapallal-Matapalo-San Juan Virgen y Pampas de Hospital, haciéndoles pagos indebidos a pesar de que el estado de ejecución de la obra era tan malo como evidente, y ni siquiera se había empleado la maquinaria básica para un trabajo así.

Otro ejemplo propio de esta tipología se encuentra en la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 4661-2007-Ucayali<sup>43</sup>, en la que la Corte Suprema anuló las absoluciones de funcionarios de la Dirección Regional Sectorial de Agricultura de Ucayali que pagaron el monto completo por el total de guano de la isla que la empresa “Promotora Ucayali SAC” se comprometió a brindar, a pesar de que estaban pendientes de entrega todavía nada menos que 15.05 toneladas del producto. La orden de compra y la guía de internamientos respectivas fueron firmadas por los absueltos como si el producto hubiese ingresado en su totalidad.

En todos los casos, un elemento fundamental de la argumentación probatoria es que los funcionarios que tendrían que haber notado lo irregular de que se realizaran pagos por prestaciones que, o bien no estaban completas, o bien tenían evidentes deficiencias severas, nunca alertaron de nada. Mientras más obvias hayan sido las deficiencias en el trabajo del privado, más sugerente será el hecho de que el pago se haya realizado.

Ahora bien, como se verá más adelante<sup>44</sup>, es importante tener en consideración en este punto que las entidades públicas son organizaciones complejas y formales, en las que opera la división del trabajo funcional. No todos tienen el deber de conocer los términos del contrato ni de saber si en el caso puntual están o no permitidos los pagos por adelantado<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 2222-2004-Tumbes, resuelto por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 14 de febrero del 2005. En: GARCIA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, Luis. *Aspectos dogmáticos esenciales...* Op. cit. p. 233-235.

<sup>43</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 4661-2007-Ucayali emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 30 de marzo del 2009. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>44</sup> *Infra*, capítulo III, numeral 3.2.1.b.

<sup>45</sup> La normativa actual sí los permite, aunque limita esta posibilidad a que así se haya previsto en las bases, se haya otorgado una garantía por el monto total del contrato y se respeten las disposiciones reglamentarias.

Otro elemento indiciario que tendría que ser valorado es que tanto la normativa actual como la anterior establecen un régimen de penalidades y ejecución de garantías para los supuestos en los que el contratista incumplía sus obligaciones<sup>46</sup>. En condiciones normales de inejecución injustificada de obligaciones por parte del contratista, estos regímenes tendrían que haberse aplicado.

También pertenece a esta tipología la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 5718-2006-Lima<sup>47</sup>, en la que se anularon las absoluciones existentes porque la Corte Suprema halló indicios de que funcionarios del Instituto Nacional de Desarrollo (INADE) contrataron a proveedores ajenos al rubro para comprar productos agropecuarios y conducir viveros, con domicilio legal y RUC inexistentes, quienes ni siquiera entregaron toda la mercadería acordada. De igual forma, se había documentado una supuesta capacitación en crianza de animales para ciertos pobladores que en realidad nunca se habría producido, con el fin de justificar un desembolso de 5,800 soles y sin que ninguno de los funcionarios encargados se percatase de la situación.

Puede citarse también la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 1934-2007-Arequipa<sup>48</sup>, de acuerdo a la cual el jefe del área de servicios de la municipalidad de Cayma solicitó a la administración reparar un cargador frontal y comprar sus repuestos. Para determinar al encargado de hacer ese trabajo se realizó un proceso de selección, resultando elegida la

---

Véase: **Artículo 38° de la LCE** (Ley 30225): *La Entidad puede entregar adelantos al contratista, siempre que haya sido previsto en los documentos del procedimiento de selección, con la finalidad de otorgarle financiamiento y/o liquidez para la ejecución del contrato.*

*El reglamento establece los tipos, condiciones y monto de cada adelanto, así como la forma en que este se amortiza luego de otorgado. (destacado añadido)*

<sup>46</sup> **Artículo 132° del RLCE.-** *El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, las mismas que deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.*

*La Entidad debe prever en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades.*

*Estos dos tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.*

*En el caso de obras, dentro de las otras penalidades que se establezcan en los documentos del procedimiento, deben incluirse las previstas en el capítulo VII del presente título.*

*Estas penalidades se deducen de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.*

<sup>47</sup> Ejecutoria Suprema emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema recaída en el R.N N° 5718-2006-Lima, del 23 de abril del 2008. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>48</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 1934-2007-Arequipa emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 19 de marzo del 2009. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

empresa “Premier” que supuestamente reparó y le hizo mantenimiento al mismo. También se contrató a la empresa “La Solución” para la compra de repuestos.

Se emitieron las conformidades respectivas – con el informe del jefe del área de servicios- y se pagó la suma de 4,400 soles por la reparación y 58,847 soles por los repuestos. Sin embargo, poco después, un informe técnico daba cuenta de que la bomba hidráulica de repuesto estaba totalmente desgastada, lo cual se corroboró con un dictamen pericial. Además, se confirmó la existencia de sobrevaloración con una pericia contable. En base a estos hallazgos la Sala anuló las absoluciones y mandó realizar un nuevo juicio oral.

Es también un ejemplo de caso de colusión agrupable en esta tipología el correspondiente a la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 1903-2009-Puno<sup>49</sup>, en la que se confirmó la condena por colusión contra funcionarios de un municipio distrital de Puno que le otorgaron la buena pro a una empresa y le hicieron pagos adelantados sin que su propuesta cumpliera los requisitos mínimos de las bases y sin que se emitiera la liquidación de obra.

El mismo razonamiento probatorio se observa en operaciones económicas distintas de los procesos de selección para contratar con el Estado, típicos en virtud de la cláusula de interpretación analógica contenida en el art. 384° CP<sup>50</sup>.

Por ejemplo, en la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 067-2008-Ucayali<sup>51</sup> la Corte anuló la absolución como *extranei* del Presidente del comité de productos agrarios de Santa Clara, quien había sido favorecido con el otorgamiento de un crédito rotativo de 300,000.00 soles por distintos funcionarios del CTAR- Ucayali a pesar de que nunca acreditó garantía real alguna para acceder al crédito. Tampoco observó las formalidades previstas para tal efecto en el Reglamento de Funcionamiento y Operación del Fondo

---

<sup>49</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 1903-2009-Puno, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 23 de junio del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>50</sup> En su redacción original el precepto típico decía “*en cualquier operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo*”. Luego este fraseo ha sido reemplazado por otros como “*en cualquier de los contratos o negocios públicos*” y finalmente por “*cualquier operación a cargo del Estado*”. La última fórmula sugiere cierta ampliación respecto del ámbito del delito de colusión.

<sup>51</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 067-2008-Ucayali emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 12 de agosto del 2009. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).



Rotatorio del CTAR de Ucayali, ni cumplió los requisitos para su evaluación y aprobación.

De forma similar, puede citarse la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 2261-2010-Lima<sup>52</sup>, en la que la Corte confirmó las condenas contra funcionarios de la Municipalidad de Jesús María integrantes de los comités de recepción de propuestas y adjudicación de concesiones que contrataron con una empresa servicios de limpieza y recojo de basura para el distrito pese a que ésta había presentado una carta fianza falsa, pertenecía a otro rubro, no tenía la experiencia requerida para ejecutar el servicio. Además, el contrato celebrado estableció una fecha de pago más próxima que la señalada por las bases, y se pagaron en exceso aproximadamente cincuenta y ocho mil soles. Ninguna de estas irregularidades fue advertida o penalizada por los condenados.

Como se aprecia, existen suficientes casos en la jurisprudencia para considerar como una tipología los supuestos de pagos realizados al contratista a pesar de sus graves incumplimientos contractuales, o no aplicación injustificada de las penalidades que le correspondían. El indicio principal consiste en la existencia de un incumplimiento contractual severo acompañado de la inobservancia de los deberes de penalizarlo o cuando menos impedir la realización de cualquier pago a cambio, por parte de los funcionarios encargados.

El incumplimiento de los deberes de supervisión, sanción y fiscalización es relevante para la determinación de responsabilidades individuales. Lo mismo sucede con la emisión de documentación para facilitar un pago que no correspondía emitir, como las conformidades de obra y los informes técnicos del área usuaria que deben sustentarlas.

Como indicios secundarios pueden considerarse la contratación de empresas informales que no deberían generar confianza por incumplir los requisitos legales para ser contratadas o para funcionar, el incumplimiento de otras disposiciones legales que impedirían contratar del modo cómo se hizo.

---

<sup>52</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N 2261-2010-Lima, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, del 21 de septiembre del 2011. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).



**c) Tipología N°3: Empleo de testaferros para encubrir al verdadero contratista o la verdadera naturaleza del bien adquirido, o contratación con familiares de funcionarios de la entidad**

Otra tipología de acreditación del acuerdo colusorio que se presenta en la jurisprudencia de la Corte Suprema tiene que ver con los casos en los que un funcionario público se sirve de testaferros para contratar a través de ellos con la entidad pública en la que labora, con el fin de ocultar la real procedencia del bien adquirido y/o la vinculación de éste consigo, o con un familiar próximo. Igualmente, se incluyen aquí también los casos en los que la entidad contrata directamente con familiares de funcionarios impedidos por ley, sin testaferro de por medio.

Un ejemplo de los casos que componen esta tipología puede apreciarse en la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 124-2005-Ancash<sup>53</sup>. Conforme a los hechos que se consideraron probados en dicha resolución, uno de los regidores del Municipio Provincial de Huaraz, quien tenía una empresa de venta de partes para computadora llamada “Infotronic”, usó como testaferro a un particular en el proceso de adquisición de dos computadoras y una impresora láser para la Municipalidad. Al verse impedido de vender él directamente las computadoras y la impresora a la Comuna, recurrió a la empresa de un tercero (“Sima E.I.R.L”) para que ésta extendiese la factura respectiva en su lugar.

Durante el proceso se demostró que se había obviado el procedimiento de selección respectivo para contratar a Sima E.I.R.L, y que los equipos se habían cotizado como originales cuando en realidad no eran sino piezas ensambladas de artefactos usados, pagándose un precio superior al que en verdad les correspondía. El representante de Sima, además, declaró que el regidor le había dicho que “todo estaba arreglado”. La Corte confirmó la condena por colusión contra el regidor.

---

<sup>53</sup>Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 124-2005-Ancash, del 6 de julio del 2005, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. En: GARCIA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, Luis. Op. cit. p. 237-239.

Otro ejemplo de esta misma metodología para ejecutar un acuerdo colusorio es el que se describe en la Ejecutoria Suprema que resolvió el R.N N° 1396-2005-Ayacucho<sup>54</sup>. De acuerdo a los hechos probados de esta Resolución, la Jefa de Abastecimiento de la Dirección Regional de Transporte del CTAR de Ayacucho se coludió junto con la del área de contabilidad para declarar como ganador de un proceso de selección para alquilar una camioneta a un particular determinado.

Esta camioneta era, en realidad, propiedad de la propia jefa de contabilidad, quien la había arrendado a la empresa que resultó ganadora de la licitación (“Distribuidora Hermanos Ramos”) para que ésta la subarrendase a su vez a la Dirección Regional mencionada, tal y como lo reconoció en su declaración judicial el representante de esta persona jurídica.

Para ello, el representante de ésta última mintió en una declaración jurada afirmando que el vehículo era de su propiedad, con el fin de posibilitar la operación. La jefa del área de contabilidad, por su parte, no hizo nada para impedir que el contrato se llevase a cabo a pesar de que fue advertida mediante un informe de que el vehículo que “Distribuidora Hermanos Ramos” le estaba arrendando a la entidad estaba registrado a su nombre.

En este caso otra vez un funcionario público que tiene una empresa privada como parte de sus actividades personales intenta servirse de otra empresa como fachada para que realice actividades comerciales con una entidad pública en la que tiene cierto nivel de influencia. La empresa que servía de fachada, coincidentemente, es la que justamente resultó ganadora en el proceso de selección. La Corte anuló la absolución contra las involucradas y ordenó un nuevo juicio.

También puede citarse en esta tipología la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 4741-2006-Cusco<sup>55</sup>. De acuerdo a los hechos probados en este caso, el alcalde del municipio de Acomayo, y miembro de la comisión para compra de vehículos de segundo uso, viajó con su teniente alcalde a Iquique llevando 39,500 dólares para comprar sin intermediarios

---

<sup>54</sup> Ejecutoria Suprema que resolvió el R.N N° 1396-2005-Ayacucho, del 14 de julio del 2005, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. En: GARCIA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, Luis. Op. cit. pp.246-247.

<sup>55</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 4741-2006-Cusco emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, del 30 de enero del 2008. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

dos minibuses coaster para la comuna a un precio menor. Sin embargo, posteriormente se coludió con un tercero para hacerle creer al municipio que los vehículos adquiridos tenían otra procedencia y habían costado más del precio real al que los compró en Iquique.

Para ello, luego de comprar los vehículos a la empresa Daei Shanshon, simuló que los minibuses le pertenecían a una empresa llamada “Empresa de Transporte Municipal Acomayo-Darwin García Castelo”, y que ésta se los había vendido por un precio mayor al de su costo real en Chile. Gracias a esta maniobra pudo quedarse con la diferencia entre el precio real de los vehículos y el precio de los mismos en el contrato simulado.

Posteriormente la declaración judicial del propio García Castelo (representante de la empresa que llevaba su nombre) y las certificaciones expedidas por la empresa que vendió los vehículos en Iquique dando cuenta del precio real de éstos permitieron descubrir la trama generada. La Corte confirmó la condena.

Algo similar sucedió en la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 18-2008-Huancavelica<sup>56</sup>, en la que la condena por colusión contra el alcalde de Cuenca (Huancavelica) y los *extranei* que se coludieron con él se confirmó. Entre otros hechos similares, se demostró que éste había permitido que su teniente alcalde, nombrado como presidente del comité de selección, contratase a la empresa de su primo hermano (cuya socia era además conviviente de su otro primo hermano) para ejecutar una obra pública llamada “Parque Mirador San de la Cruz”.

La vinculación quedó evidenciada cuando uno de los primos hermanos del presidente del comité de selección se apersonó a cobrar el primer pago por la ejecución de la obra, a pesar de que los familiares de los funcionarios de un comité de selección están legalmente impedidos ser seleccionados para la ejecución de una obra.

---

<sup>56</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 18-2008-Huancavelica emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, del 5 de junio del 2008. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

También puede citarse como ejemplo de esta tipología el caso correspondiente a la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 718-2010-San Martín<sup>57</sup>, en la que se confirmó la condena contra funcionarios de la municipalidad de Huimbayoc que favorecieron a la empresa representada por la conviviente de uno de los miembros del comité especial en un proceso de contratación para ejecutar dos obras por aproximadamente 51,000.00 soles. Se simuló la elaboración de un expediente técnico y se consignaron datos falsos en la hoja de rendición de gastos.

El miembro del comité era quien había fundado la empresa pero la había traspasado a una tercera persona antes de que se adjudicase la buena pro. Asimismo, aprovechando que también era el ingeniero residente de obra, suscribió el cuaderno de obras consignando la conformidad de ambas, a pesar de que se encontraban incompletas. Al final, la persona que fungía de supuesta dueña de la empresa contratista declaró que en realidad quien seguía controlándola en lo concerniente al contrato cuestionado era el propio funcionario miembro del comité.

Como puede apreciarse, los casos que componen esta tipología presentan el inconveniente de que descubrir el vínculo entre el testaferro y el funcionario no siempre es sencillo. En cuatro de los cinco casos mencionados el testaferro termina delatando en la investigación al servidor público con el cual se encontraba coludido. En el segundo caso, además de lo anterior, el vehículo arrendado al CTAR de Ayacucho seguía estando registrado a nombre de la jefa de Contabilidad de la misma entidad, lo cual fue un descuido notable que sin duda ayudó a probar la colusión más fácilmente.

Estas situaciones son, en realidad, bastante excepcionales, y se evitan fácilmente omitiendo darle motivos al testaferro para delatar a los involucrados o siendo más cuidadosos con los registros que pudieran revelar el origen verdadero del bien. La detección de casos que involucran un uso más sofisticado de testaferros requiere sin duda de otros esfuerzos y métodos de investigación.

---

<sup>57</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 718-2010-San Martín emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 23 de julio del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

Lo contrario sucede en el otro grupo de casos incluido en esta tipología, esto es, aquellos en donde la entidad contrata con uno de sus funcionarios pasando por alto las prohibiciones de ley, como en la Ejecutoria recaída en el R.N 3879-2013-Puno<sup>58</sup>, sin que este ni siquiera se esconda tras un testaferro. En este caso, el alcalde de la Municipalidad de Lampa contrató a la empresa del jefe de la oficina de planificación y presupuesto para la formulación de un proyecto de rehabilitación de un sistema de agua potable, conociendo perfectamente esta situación. Este último insertó datos falsos en el contrato y falsificó la firma de la representante de su empresa.

Algo muy parecido sucedió en el caso resuelto mediante la Ejecutoria recaída en el R.N N° 3189-2010-Junin<sup>59</sup>, en el cual dos de los integrantes de una comisión técnica de la Facultad de medicina de la Universidad Nacional del Centro encargada de comprar microscopios lograron que ésta los adquiriera, a un precio bastante sobrevalorado, de la empresa en la que ambos eran gerente y sub gerente.

Más allá de estos casos más obvios, el indicio principal en esta tipología es el empleo de un testaferro quien, habitualmente por medio de una empresa, se presta para realizar una maniobra fraudulenta haciendo creer que el bien ofertado tiene una procedencia y características distintas a la que verdaderamente le corresponden. De este modo, al fingir ser el verdadero titular del bien o servicio contratado, se hace posible ocultar la identidad del beneficiario real de la transacción con la entidad pública, quien suele estar legalmente impedido de contratar. También pueden ocultarse otros datos relevantes, como el precio verdadero del servicio o bien contratado.

Como indicios secundarios pueden señalarse la existencia de importantes sobreprecios pagados por la entidad y el forzamiento de procesos de selección para que termine haciéndose con el contrato la empresa que representa los intereses del funcionario y que se encuentra coludida con este. Es claro que una vez que se cuenta con un testaferro es

---

<sup>58</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 3879-2013-Puno, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 25 de junio del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>59</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 3189-2010-Junin, , emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 8 de noviembre del 2011. Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).



necesario hacer que este gane el proceso de selección o simplemente reciba el encargo de realizar el trabajo prescindiendo totalmente de éste, para que pueda cumplir su cometido.

**d) Tipología N°4: Selección deliberada del postor que no ofrecía las condiciones más ventajosas calificándolo de manera parcializada en el proceso de contratación**

Escalando en el nivel de sofisticación de la metodología empleada para hacer efectivo el acuerdo colusorio se encuentra esta cuarta modalidad, que es más discreta que las anteriores y que suele requerir un mayor esfuerzo por parte de los intervinientes porque supone llevar a cabo un proceso de selección direccionándolo hacia el *extraneus*. En esta tipología, el direccionamiento se produce por medio de la asignación parcializada e inmerecida de un puntaje favorable en los rubros previstos en las bases del proceso.

La casuística de este tipo ya no es tan abundante como la de las dos primeras modalidades, posiblemente porque en la mayoría de supuestos resulta más difícil de comprobar. Una primera decisión que orienta sobre los criterios seguidos por la Corte para abordar esta forma de ejecución del acuerdo colusorio se aprecia en la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 532-2003-San Martín<sup>60</sup>.

En este caso, el jefe de la Oficina Ejecutiva de Abastecimientos y Patrimonio Fiscal del CTAR-San Martín se puso de acuerdo con la empresa “Representaciones Arevalo” (dirigida por la esposa del director ejecutivo de presupuesto del CTAR- San Martín) para otorgarle la buena pro en una adjudicación directa para adquirir 3 procesadores de texto por el monto de 800 dólares. Representaciones Arevalo, en realidad, le compró las máquinas que luego le revendió al CTAR a otro de los postores que había competido en el mismo proceso de selección el cual, pese a ofrecer un precio menor por el mismo producto, perdió.

Posteriormente, el cuadro de cotizaciones demostró que la empresa ganadora ofrecía un precio superior al de sus otras dos competidoras, y que sin embargo se le había asignado de manera inmotivada un puntaje superior. Los procesadores de texto, por su parte, se

---

<sup>60</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 532-2003-San Martín emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 4 de mayo del 2004. En: PÉREZ ARROYO, Miguel. Op. cit. p. 1313-1316.

estropearon antes de que se cumpliera el año de garantía, pese a lo cual la empresa no se hizo cargo del costo de la reparación. La Corte anuló la sentencia que absolvía a los procesados.

Otro caso en el que puede apreciarse una asignación del puntaje tendiente a favorecer a una empresa es el de la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 3953-2010-Amazonas<sup>61</sup>. En este caso, el director del hospital de apoyo de Chachapoyas se puso de acuerdo con la directora de administración y con el representante de la empresa privada C&A Industrial SRL para que ésta última resultase ganadora de la adjudicación directa selectiva n° 001-2001, por el valor referencial de 150,000 soles, para el cambio del sistema eléctrico de la institución.

Para que ésta pudiese ganar, la Directora de administración –pese a no estar nombrada formalmente como presidenta del comité de selección- invitó a postores solo de la ciudad de Lima, sabiendo que las empresas de Amazonas podrían ofrecer precios más competitivos para realizar el trabajo debido a los beneficios tributarios derivados de la Ley de la Amazonía.

Aunque el comité de selección casi no sesionó, se dio tiempo para emitir el acta de otorgamiento de la buena pro adjudicándosela a C&A Industrial SRL. En el proceso judicial posterior, las cotizaciones de las otras empresas junto con la inspección técnica de la obra demostraron que los demás postores ofrecían el mismo servicio a un precio menor que la ganadora. La Corte anuló las absoluciones que se habían dispuesto.

Otro ejemplo de caso propio de esta tipología se aprecia en la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 3482-2007-Puno<sup>62</sup>. En esta ocasión, funcionarios del PRONAMACHCS se concertaron con la empresa WENSA para favorecerla en la evaluación técnica y puntuación para obtener la buena pro en un proceso de selección para la compra de bienes y herramientas agrícolas. Así, se terminó celebrando el contrato con esta empresa a pesar

---

<sup>61</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 3953-2010-Amazonas emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, del 20 de julio del 2011. En: NOLASCO VALENZUELA José y AYALA MIRANDA, Érika. Op. cit. p. 1009-1019.

<sup>62</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 3482-2007-Puno emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 17 de octubre del 2008. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

de ser la que ofertaba los precios más altos por los mismos bienes que las otras, ocasionándole a la entidad un perjuicio de 5,938,000.00 soles. La Corte confirmó las condenas por colusión existentes contra los funcionarios y anuló las absoluciones.

También puede consultarse la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 1794-2009-Lima<sup>63</sup>. En este caso, el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Departamental - Provias Departamental decidió realizar la obra "Mejoramiento y Construcción de la Carretera Paiján - Puerto Malabrigo", para lo cual necesitaba abastecerse de 27, 960 galones de petróleo.

Con esta finalidad la entidad convocó a una licitación pública en la que se terminó calificando de manera parcializada a la empresa “Balarezo & Balarezo Asociados S.R.L” para favorecerla con la buena pro. La decisión se basó en la aplicación de factores de evaluación convenientes a ésta como “ofrecimiento de mejores condiciones de pago” (mayores plazos para pagar) y “disponibilidad de stock”, los cuales permitieron otorgarle el puntaje máximo porque efectivamente, ofrecía mejores condiciones que sus competidoras en estos rubros.

Sin embargo, posteriormente se demostró que dichos factores de evaluación no tenían por qué ser de interés por parte del Estado al momento de elegir a su proveedor, debido a que la obra contaba con liquidez suficiente para asumir sus obligaciones. Por tanto un mayor plazo de espera en el pago no tenía por qué ser un elemento relevante en la calificación de la propuesta.

Por el contrario, lo que no se tomó en cuenta fue que “Balarezo & Balarezo Asociados” ofrecía un precio superior en 0.49 soles al de su competidora más cercana, lo cual multiplicado por la cantidad de combustible requerida suponía una diferencia dineraria importante entre ambas proposiciones.

Ya en el proceso judicial, se pudo probar que la contratación de “Balarezo & Balarezo Asociados” se realizó con la finalidad de regularizar una situación ilegal de adquisición

---

<sup>63</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 1794-2009-Lima emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 18 de agosto del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

de combustible efectuada anteriormente, ya que la empresa había estado abasteciendo de petróleo a la obra aproximadamente dos meses antes de los sucesos, sin contrato de por medio, y había cobrado más de 90,000.00 soles por ello.

Es también un buen ejemplo de esta tipología el caso de colusión resuelto en la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 1219-2008-Ancash<sup>64</sup>, por la cual se confirmó la condena por colusión contra funcionarios de la Universidad Nacional Santiago Antunez de Mayolo, quienes realizaron un proceso de selección para comprar 600 carpetas personales, pero al momento de elegir la oferta más conveniente seleccionaron al postor que ofrecía los bienes al precio más elevado de forma inmotivada.

Además, recibieron los bienes fuera de plazo y en una cantidad incompleta, a pesar de lo cual dieron la conformidad para proceder al pago. Del mismo modo, invitaron a empresas que no eran del rubro requerido propiamente y que no figuraban en el registro de proveedores de la universidad, de modo que no pudieran ofrecer precios especialmente competitivos.

Como puede apreciarse de las decisiones comentadas, el indicio principal sobre el que se construye la valoración de la prueba de cargo en este tipo de casos es la falta de motivación para asignarle un puntaje superior a una empresa que no ofrece mejores condiciones que sus competidoras. Los indicios secundarios presentes en esta tipología suelen ser similares a los encontrados en casos anteriores, como pagos por adelantado injustificados, escasa calidad del producto contratado para el Estado, o irregularidades en las invitaciones a los postores competidores con la empresa finalmente ganadora.

**e) Tipología N° 5: Simulación de situaciones de excepción para omitir la realización de un proceso de selección y empleo deliberado de tipos de proceso distintos a los de ley con el fin de favorecer a un postor**

Otra tipología propia de la ejecución del acuerdo colusorio que vale la pena destacar es la que consiste en simular la concurrencia de situaciones de urgencia o excepción para

---

<sup>64</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 1219-2008-Ancash emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 26 de marzo del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

omitir la realización de un proceso de selección, o emplear deliberadamente ciertos tipos de procesos de selección que permiten favorecer más fácilmente a un postor determinado.

Como se sabe, a lo largo de sus varias modificaciones en los últimos años las normas que rigen la contratación pública siempre han contemplado la posibilidad de que, ante graves situaciones de desabastecimiento, catástrofe natural u otras de urgencia similar, la entidad pueda prescindir de un proceso de selección y contratar directamente al proveedor que cumpla los requisitos de las bases. La actual LCE llama a estos supuestos casos de “contratación directa”, mientras que sus versiones anteriores los denominaban “exoneraciones”<sup>65</sup>.

Sin embargo, en varios casos los funcionarios públicos que ejecutan el delito de colusión simulan la existencia de una situación de este tipo para poder prescindir del proceso de selección y facilitar la contratación de la empresa con la que previamente han llegado a un acuerdo ilegal.

A este tipo de formas de ejecución del acuerdo colusorio corresponde la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 2767-2008-Loreto<sup>66</sup>, en la que la Corte anuló las absoluciones de funcionarios de la Municipalidad distrital de Trompeteros (alcalde y regidores) que se pusieron de acuerdo con representantes de la empresa “Nutrimentos S.R.L” para favorecerla en la compra de lácteos, para lo cual declararon la existencia de una “situación de urgencia” en forma extemporánea e irregular, tal y como lo demostraría posteriormente la CGR.

Para ello, el alcalde y los regidores, mediante sesión extraordinaria del Consejo Municipal, acordaron la concurrencia de la causal sin fundamentar su decisión en razones reales o contempladas en la ley, e incluso determinaron su ampliación por 90 días

---

<sup>65</sup> PEDRESCHI GARCÉS, Willy. *Aproximaciones al Régimen de Contratación Directa en la Nueva Ley de Contrataciones del Estado. A propósito del Proyecto de Reglamento de la Ley N° 30225, cuya publicación fuera dispuesta mediante Resolución Ministerial N° 216-2015-EF/15*. En: Revista Derecho & Sociedad N° 44. Asociación Civil Derecho & Sociedad, Lima, 2015, p.164. Véanse los supuestos regulados en los artículos 20° de la ALCE (Decreto Legislativo 1017) y 19° de la LCAE (Ley 26850), ambas ya derogadas.

<sup>66</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 2767-2008-Loreto emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 19 de agosto del 2009. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).



adicionales, durante los cuales se cometieron diversas irregularidades y pagos indebidos, entre otros.

Otro ejemplo de caso que puede ser citado bajo esta modalidad es el que fuera resuelto a través de la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 1194-2009-Piura<sup>67</sup>, en el que la Corte anuló la absolución de funcionarios de la Municipalidad Distrital de Castilla integrantes del comité especial de adquisición de insumos para el vaso de leche, quienes suscribieron y elevaron un informe solicitando la exoneración del proceso de selección respectivo alegando una inexistente situación de emergencia, con el fin de comprar bienes mediante una irregular adjudicación directa de menor cuantía.

Dicha situación, como lo señaló la Corte, no había sido ni extraordinaria ni imprevisible, ni suponía un peligro de que las funciones esenciales prestadas por el Municipio pudiesen verse interrumpidas, ya que en dicho periodo las remesas para el financiamiento del programa del vaso de leche siguieron siendo transferidas por el tesoro público de manera regular.

Tampoco se había contado con la opinión técnica legal previa, siendo esta emitida posteriormente, para una supuesta “regularización”. Asimismo, si bien era cierto que el departamento de Piura había sido declarado en estado de emergencia, ello solo era aplicable para acciones de ejecución de obras y prevención de urgencias. La Corte anuló las absoluciones.

Con relación a los casos en los que no se simula una situación de urgencia o desabastecimiento, sino que se emplea deliberadamente un proceso de selección que no es el que corresponde al caso según las normas para favorecer al privado, puede citarse aquí el caso resuelto mediante la Ejecutoria Suprema recaída en el en el Expediente 5608-97-Cajamarca<sup>68</sup>. En este, la evidencia indicó que el gerente departamental del IPSS había dispuesto la compra de tres ambulancias para la gerencia de Cajamarca por 90,000.00

---

<sup>67</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 1194-2009-Piura emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 10 de agosto del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>68</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Expediente 5608-97-Cajamarca, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. En: ROJAS VARGAS, Fidel. Jurisprudencia Penal Comentada. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 1999, pags. 404-406.

soles mediante adjudicación directa, a pesar de que el monto de la inversión obligaba a realizar un concurso público.

El comité de adjudicaciones procedió según sus órdenes y al abrir los sobres con las cotizaciones le otorgó la buena pro a un sujeto que no estaba inscrito como proveedor ante el IPSS para vender vehículos ni maquinaria. El gerente departamental había ordenado, adicionalmente, que se le pagara el valor de las ambulancias por adelantado y sin que éste ofreciera ninguna garantía, aunque luego pretendió entregar para estos fines un cheque por 93,000.00 soles sin fondos.

Posteriormente, cuando el plazo de entrega ya estaba vencido, se volvió a reunir con el contratista para variar las marcas y características de los vehículos mediante un acuerdo entre ambos. A pesar de que éste solo había cumplido con entregar dos, el gerente ordenó pagarle 24,700.00 dólares adicionales por una cuarta ambulancia. Este dinero fue cobrado por el privado y, según su propia declaración, entregado al gerente después. La Corte anuló las absoluciones dispuestas.

Puede citarse también, como un caso del mismo tipo, el resuelto mediante la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 4082-2006-Lima<sup>69</sup>. Aquí la Corte consideró probado que los imputados, dos funcionarios del PRONAA, habían omitido realizar un solo proceso de licitación pública, como mandaba la ley para comprar útiles de oficina por el valor de 24,438.30 soles, y en su lugar habían realizado dos adquisiciones a favor de dos empresas distintas por montos menores (práctica que se conoce como “fraccionamiento” y estaba prohibida tanto en ese entonces como ahora).

Del mismo modo, habían adjuntado proformas falsas para dar la impresión de que habían buscado los mejores precios en el mercado, y no habían evaluado el mínimo de tres cotizaciones antes de decidir a quién comprarle, desacatando la norma. La Corte confirmó las condenas por colusión.

---

<sup>69</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 4082-2006-Lima emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 26 de marzo del 2008. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

Un último caso que se identifica con esta tipología es el resuelto mediante la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3044-2012-La Libertad<sup>70</sup>. Aquí la Corte anuló la absolución del alcalde y los miembros del comité de adjudicación de la Municipalidad Provincial de Pacasmayo por considerar que existían serias evidencias de que habían fraccionado la adquisición de un cargador frontal y tres volquetes por 79,192.000 soles, que debía realizarse en un solo proceso de adjudicación directa, en dos compras por montos menores realizadas a la misma empresa. Su objetivo habría sido evitar la publicidad del procedimiento de adjudicación directa.

En ese mismo caso, otro grupo de funcionarios había procedido del mismo modo al fraccionar una obra para reparar maquinaria que valía 151,181.00 soles, y por tanto debía tramitarse como un concurso público, en 16 adjudicaciones directas. La mayoría de estas había sido otorgada a las mismas empresas.

En ambas compras se habían cometido diversas irregularidades, como permitir que una persona que no tenía la profesión de ingeniero determinara el valor referencial de la obra, que la empresa ganadora no estuviese legalmente constituida o inscrita en Registros Públicos, que una de las supuestas empresas competidoras nunca hubiera funcionado ni ocupado el local que presentó en su postura, otra tuviera direcciones inexistentes y números telefónicos falsos, entre otros.

Esta es una tipología bastante menos frecuente en la jurisprudencia de la Corte Suprema revisada, posiblemente debido a que, al igual que sucede con la tipología anterior, requiere de un despliegue de análisis técnicos detallados, que en muchos casos sobrepasan la capacidad de investigación de una fiscalía provincial que no cuenta con el soporte técnico brindado por la CGR o una unidad pericial preparada.

Lo fundamental en el razonamiento probatorio de esta clase de casos tiene que ver con la detección de una situación prevista en la norma legal que permite contratar sin pasar por procesos de selección, pero que no haya sido declarada basándose en motivos reales ni,

---

<sup>70</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3044-2012-La Libertad emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 23 de mayo del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

por lo general, tampoco respetando el procedimiento preestablecido en la Ley. Este sería el indicio principal considerado por la judicatura al evaluar un caso de este tipo.

Otro indicio principal bajo esta tipología es el uso de procesos de selección que no correspondían, según ley, a la adquisición de bienes o contratación de servicios que se estaba llevando a cabo, por lo general fraccionando una compra que debía hacerse en un solo proceso en varios más pequeños más fáciles de direccionar discretamente.

Esta situación de urgencia simulada, luego, da pie a que se realicen una serie de irregularidades adicionales como la compra de productos en mal estado, las sobrevaloraciones o pagos por adelantado al proveedor sin que éste cumpla con su parte del contrato, entre otras.

**f) Tipología N° 6: Redacción de las bases “a la medida” de un determinado postor y/o forzamiento de una adjudicación directa declarando desierto dos concursos previos deliberadamente**

La última de las tipologías halladas en la presente investigación es aquella en la cual el acuerdo colusorio pretende ejecutarse mediante el diseño de bases a la medida del postor coludido, de modo que solo éste cumpla todo los requisitos o que éstos le aseguren ciertas ventajas sobre sus competidores, o bien forzando previamente dos declaratorias de procesos de selección como “desiertos”, para poder contratar luego mediante procesos de selección con menos controles, conforme a las normas sobre contrataciones<sup>71</sup>.

Un ejemplo de esta puede encontrarse en el caso resuelto mediante la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 1033-2010-Junin<sup>72</sup>. Los hechos de este proceso fueron los

---

<sup>71</sup> Desde que los procesos de contratación pública se regulan a través de una ley con alcance general, existe siempre una cláusula que autoriza a emplear procesos de selección más expeditivos y con menos controles cuando alguno ha sido declarado dos veces seguidas desierto. En la LCAE, la adquisición quedaba exonerada de proceso de selección si se producía ese supuesto de hecho (art. 19° inc. f). En la ALCE, las licitaciones públicas, concursos públicos y adjudicaciones directas pasaban a tramitarse como adjudicaciones de menor cuantía (art. 32°). A diferencia de estas, el actual RLCE (art. 44° inc. 3) indica como regla general que se repite el mismo tipo de proceso de selección tras dos declaraciones de “desierto”, salvo en los casos de concurso público o licitación pública sin modalidad, donde en la siguiente convocatoria se realiza un proceso de adjudicación simplificada.

<sup>72</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1033-2010-Junin emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 30 de marzo del 2011. En: NOLASCO VALENZUELA José y AYALA

siguientes: el alcalde de la Municipalidad Provincial de Tarma y los funcionarios del comité de adjudicación de un terreno para construir un mercado mayorista se pusieron de acuerdo con un particular para otorgarle la buena pro de una adjudicación directa para comprar un terreno por 500,000.00 dólares, en el que se construiría un mercado mayorista.

Con el fin de lograr este objetivo, y luego de que la primera convocatoria quedase desierta, los funcionarios modificaron ciertos aspectos de las bases para adaptar sus requerimientos a las características del terreno del *extraneus*, cambiando el área mínima solicitada y el radio de cobertura para que coincidieran con las de éste, y llegando incluso a precisar que *“debía estar ubicado dentro de los siguientes límites (...) desde la Plaza de Armas a cinco mil doscientos metros lineales hacia el sector La Florida”*, que era justamente donde se ubicaba el terreno del particular coludido.

Además, forzaron la declaración de desierto en el proceso de selección dos veces. Luego de esto, se autorizó la contratación mediante una adjudicación directa. En este proceso de selección finalmente participó el particular dueño del terreno para el cual se habían modificado las características de las bases haciéndose, como era de esperarse, con la buena pro.

Se pudo corroborar, además, que el terreno no cumplía con las especificaciones técnicas básicas para la obra puesto que era un terreno distante de la ciudad, en el cual no existía agua potable, pistas ni veredas, y no contaba con alumbrado público. El mercado nunca se construyó en esa zona por estas razones. Pese a esto, se había pagado un sobreprecio por el mismo, sin que el proceso tuviera ni siquiera expediente técnico, estudio de impacto ambiental, o sustento técnico o económico. La Corte confirmó la condena contra los involucrados.

También puede citarse aquí la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N 193-2013-Arequipa<sup>73</sup>. En este caso, se demostró que el alcalde y algunos de los miembros del comité especial de la Municipalidad de Alto Selva Alegre se pusieron de acuerdo con los

---

MIRANDA, Érika. Delitos contra la Administración Pública. Tomo II. Ara Editores. Lima, 2013, pags. 992-1000.

<sup>73</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 193-2013-Arequipa emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 25 de junio del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).



proveedores de un camión volquete que esta debía adquirir para elegirlos como contratistas. Para ello, forzaron la declaratoria como desierto de dos procesos de adjudicación selectiva, no cumpliendo con invitar a los 3 postores de ley, variando de forma injustificada el objeto de la contratación y declarándolos desierto antes del cumplimiento del plazo.

Una vez que declararon desierto ambos procesos, quedaron autorizados para realizar una adjudicación directa de menor cuantía, en la cual la única empresa que se presentó fue la que obtuvo la buena pro. Se comprobó que sus representantes se habían coludido con el alcalde y el presidente del comité de selección porque mintieron al relatar cómo se habían enterado de la adjudicación directa de menor cuantía, indicando que vieron la convocatoria en un diario y recibieron una invitación, cuando este proceso de selección no requiere publicación en diarios, ni existía en los archivos cargo de ninguna invitación cursada.

Se evidenció además que era el Presidente del comité quien había introducido en el proceso la oferta de la empresa, porque el documento que la contenía no tenía cargo de recepción de la mesa de partes del Municipio y más bien en el libro de ingresos de expediente del Municipio se consignaba a éste como la persona que la había hecho llegar. El propio presidente admitió haber recibido la propuesta directamente de los postores privados, aunque luego intentó desdecirse de esto, y señaló que declaró ganadores a los privados favorecidos por orden expresa del alcalde.

Por último, se demostró también que luego de los dos procesos de adjudicación selectiva declarados desierto, se habían modificado los requisitos del proceso de contratación de adjudicación directa, adaptando el monto y el año de fabricación del volquete requerido para hacerlo cuadrar con el que ofrecían los postores con quienes se había realizado el acuerdo colusorio. La Corte confirmó las condenas.

Una última Ejecutoria Suprema que también es pertinente citar en esta tipología es la que resolvió el R.N N° 265-2013-Lima<sup>74</sup>, en la cual se confirmó la condena contra distintos

---

<sup>74</sup>Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 265-2013-Lima emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 25 de junio del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

funcionarios de la PNP por haberse puesto de acuerdo con directivos de la empresa española SITRE S.A (Sociedad Ibérica de Transmisiones Eléctricas) para favorecerlos en la licitación para comprar un sistema de comunicaciones denominado “Sistema de Emergencia 105”, alterando las bases de manera previa de modo que solamente esta empresa pudiera cumplir sus requerimientos.

De acuerdo a los hechos probados, el entonces ministro del interior (Juan Briones Dávila) promovió la compra de un sistema de comunicaciones de emergencia a la empresa española desde el principio, a cambio del pago de comisiones para todos los funcionarios del MININTER involucrados. Para esto, el Jefe de Informática y Telecomunicaciones, por encargo del ministro, envió a un subordinado suyo a España, de modo que coordinase directamente con esta empresa el pago de las comisiones y que traiga los documentos del proyecto que la empresa tenía para el sistema de emergencias 105, de modo que las bases fuesen redactadas según sus características, como efectivamente sucedió. Este subordinado fue quien reveló todo lo ocurrido en sus declaraciones judiciales, precisado que la empresa pagaría el 4% del valor de la licitación en sobornos.

En la licitación se cometieron las siguientes infracciones administrativas para asegurar la concesión de la buena pro a SITRE por un precio que asegurase su ganancia y el pago de las comisiones a los funcionarios: no se realizaron estudios previos de mercado para determinar el valor referencial o a proveedores potenciales, la calificación se hizo sobre la base de características generales sin atender a especificaciones técnicas –como debía ser-, los equipos para la central de emergencia se entregaron en 6 y no en 3 meses como estaba indicado a las bases pese a lo cual no se penalizó a la empresa, el Mininter pagó en 5 armadas en lugar de en 8 sacrificando su liquidez innecesariamente.

Por si esto fuera poco, se comprobó la existencia de depósitos de SITRE a una cuenta abierta por el subordinado del jefe de Informática y Telecomunicaciones del Mininter, que había participado en las coordinaciones para favorecer a la empresa en la licitación, por 120,000.00 dólares. La Corte confirmó las condenas por colusión.

Esta es probablemente una de las tipologías más complejas de detectar, en particular cuando el favorecimiento mediante la inclusión de requisitos en las bases destinados a

favorecer a uno de los futuros postores no está acompañado de un cúmulo de otras infracciones administrativas o indicios adicionales.

De los casos encontrados, puede deducirse que los indicios principales de esta tipología son i) la introducción de requisitos innecesarios para satisfacer el pedido del área requirente en las bases del proceso, los mismos que solo pueden ser satisfechos por la empresa o persona del particular coludido y ii) el forzamiento de la declaración de procesos de contratación previos como “desiertos”, para lo cual se realizan maniobras como acortar los plazos de espera previstos en la ley antes de proceder a la declaración, o colocar requisitos que se sabe de antemano que no podrán ser cumplidos.

En cuanto a los indicios secundarios, se consideran tales básicamente los mismos de las otras tipologías: pago de sobrepagos, infracciones administrativas en el trámite del proceso de contratación, etc.

### **1.3 La expresión concreta del estándar probatorio de acreditación del acuerdo colusorio en la jurisprudencia actual de la Corte Suprema, para cada una de las modalidades de ejecución del delito de colusión encontradas**

Habiendo identificado los patrones de jurisprudencia precisados en los párrafos anteriores, es posible establecer de manera genérica un cierto estándar probatorio de acreditación del acuerdo colusorio para cada una de las modalidades de ejecución del mismo que aparecen descritas en los párrafos previos. Una descomposición más meticulosa de los hechos cuya acreditación se repite en cada una de las tipologías encontradas se reserva para el capítulo siguiente, con miras a hacer un análisis crítico de la misma.

En lo concerniente a la tipología número 1, el estándar probatorio de acreditación requerido para tener probabilidades altas de lograr una condena o la anulación de una absolución consiste en demostrar que se adquirieron bienes o servicios sin recurrir al proceso de contratación previsto en la ley, o falsificando documentos tan importantes que su inexistencia real equivale, en la práctica, a la no realización de un proceso de contratación.

Esta tipología es claramente la más frecuente de todas las halladas, y apunta a la ausencia o bien de todo el proceso de selección en su conjunto, o bien a la identificación de documentos falsos esenciales para el proceso de contratación, lo cual demuestra que más allá de la documentación que se haya podido introducir en el expediente de contratación, en realidad nunca hubo verdaderamente una situación de real concurrencia entre postores como lo manda la Ley. En este caso puede hablarse de una línea jurisprudencial fuerte.

En lo concerniente a la tipología 2, también se puede hablar de una línea jurisprudencial muy fuerte que apunta a la identificación de serias irregularidades que debieron haber sido advertidas por el comité de selección o los órganos de control de la entidad, y que sin embargo no solo no fueron mencionadas para la aplicación de las penalidades del caso, sino que ni siquiera se consideraron para detener o disminuir los pagos a los proveedores.

En este tipo de casos, lo fundamental parece ser probar la existencia de una secuencia de irregularidades severas, inadvertidas por todos los encargados de la supervisión y siempre tendientes a favorecer la situación de una empresa determinada, para configurar una situación de altas probabilidades de condena o anulación de absolución.

La tercera tipología tiene un ámbito de casos bastante más reducido, razón por la cual es más propio hablar de un patrón que de una línea jurisprudencial aquí. Lo crucial en ella parece ser llegar a establecer una relación de interés entre la empresa seleccionada con la buena pro, o alguna persona vinculada a ella, y algún funcionario dentro del propio comité de selección o en algún puesto de cierta influencia en la entidad que organiza el proceso de selección.

La relación de interés puede ser meramente comercial (vinculada a la participación tanto del privado como del funcionario en una empresa) o filial (el funcionario es pariente en algún grado de alguien vinculado a la empresa o persona natural a quien le fue adjudicada la buena pro). En este patrón de casos, si se logra acreditar la existencia de dicha relación seguida de otras irregularidades que hayan favorecido precisamente a esta empresa, es posible construir un caso con fuertes posibilidades de confirmación de condena o anulación de absolución ante la judicatura.

La cuarta tipología también corresponde a casos más difíciles de detectar, ya que concentra los supuestos en los cuales el acuerdo colusorio se considera probado sobre la base de una asignación de puntaje injustificada al particular en el marco del proceso de contratación, con el fin de favorecerlo deliberadamente. La detección de estos supuestos es particularmente compleja cuando la diferencia de trato en la calificación entre el postor favorecido y el resto no puede apreciarse mirando únicamente los precios a los que ofertaban los productos que la administración quería adquirir.

Se requerirá aquí también de un análisis profundo sobre la relevancia de las condiciones valoradas para asignar la buena pro (factores de evaluación). Por esa razón, aquí lo determinante será poder establecer técnicamente que los factores evaluados por el comité para darle más puntaje a un postor no se justifican. Esta situación, acompañada de la serie de irregularidades en los pagos y de índole administrativa que suelen ser constantes en todos los casos de colusión, suele bastar para construir un caso fuerte por este delito.

En lo que respecta a la quinta tipología encontrada, nuevamente el ámbito de decisiones judiciales resulta reducido debido a que la detección de situaciones de emergencia o desabastecimiento simuladas —sobre todo esta última— supone un despliegue de capacidad técnica de análisis bastante mayor. Sucede lo mismo con las situaciones de empleo deliberado de procesos de selección distintos a los que manda la ley para favorecer a un postor: para detectarlas hay que tener un conocimiento especializado sobre las contrataciones del Estado, que permita notar cuál era el proceso de selección que correspondía y qué ventajas se obtuvieron empleando el que finalmente se aplicó.

En este patrón de casos, lo fundamental para la judicatura es establecer que la declaración de emergencia o urgencia fue equivocada y permitió favorecer a una empresa determinada. Habiéndose establecido la circunstancia anterior, las irregularidades restantes en el pago y en el producto recibido completan el cuadro necesario para construir un caso fuerte de colusión de este tipo.

En cuanto a la sexta y última tipología, lo más importante consiste en demostrar que se incluyeron requisitos innecesarios en las bases cuya única función era direccionar el proceso de contratación a favor de uno de los postores, o bien se declararon adrede dos procesos de contratación como desiertos, con la finalidad de acceder a un proceso de selección más fácil de direccionar luego. Esto también supone contar con cierto



conocimiento técnico especializado en el proceso de contratación, ya que de otro modo no se podrá saber con certeza que requisitos eran necesarios y cuáles no.



## Capítulo 2:

### **Crítica a la aplicación de la teoría de la prueba indiciaria en la valoración de la prueba del delito de colusión realizada por la Corte Suprema**

Luego de haber descrito el modo como la Corte Suprema emplea la prueba indiciaria en los casos de colusión, en particular cuando confirma las condenas impuestas en primera instancia o anula las absoluciones, corresponde ahora exponer las razones por las cuales dicho empleo resulta, en varios supuestos, equívoco y disfuncional a los fines que esta herramienta está llamada a cumplir.

Para esto, se empieza por hacer una recapitulación breve en torno a la doctrina de la prueba indiciaria. Luego, se descompone la información recopilada de las tipologías descritas en el capítulo anterior en indicios principales, secundarios, inferencia, y hecho indicado, con el fin de apreciar mejor **como** se corresponden las categorías propias de la prueba indiciaria con los elementos hallados en la jurisprudencia pertinente en materia de colusión.

Al final del capítulo se compara críticamente la doctrina de la prueba indiciaria tal y como está prevista en su formulación teórica, con la *praxis* de los tribunales peruanos en materia de colusión, listándose las deficiencias en el uso de la misma que asomaron como resultado de esta comparación. Por razones pragmáticas y de espacio, estas deficiencias se listan de forma genérica en la parte final del capítulo, y ya no según tipologías.

#### **2.1. Breve recapitulación de la doctrina de la prueba indiciaria y su relación con el delito de colusión**

##### **2.1.1 La doctrina de la prueba indiciaria**

A primera vista, pareciera que la doctrina que se ha ocupado de la prueba indiciaria coincide en concebir la estructura de ésta de manera uniforme en cuanto a sus elementos, más allá de que admita terminologías distintas para referirse a ella<sup>75</sup>. Sin embargo, una

---

<sup>75</sup> Una gran cantidad de autores prefiere hablar de “prueba indirecta” en lugar de prueba indiciaria. Véanse por todos: FLORIAN, Eugenio. De las Pruebas Penales. Tomo I. Traducido de la 3ra edición italiana por Jorge Guerrero. Editorial Temis, Bogotá, 1990, p. 125, y ECHANDÍA DEVIS, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Quinta edición. Victor P. de Zavala editor, Buenos Aires, 1981, p. 519. Por su parte, Gorphe señala que los criminalistas prefieren hablar de indicios o “prueba indiciaria”, mientras que los juristas ingleses o estadounidenses se refieren al mismo concepto con el término de “prueba

revisión más detallada de esta revela que, en realidad, existen en la literatura especializada desde posiciones que niegan cualquier diferencia entre la prueba directa y la prueba por indicios<sup>76</sup>, hasta otras que reconociendo la validez del concepto, la definen de forma distinta. Es importante profundizar, así sea rápidamente, en los distintos conceptos de prueba indiciaria que existen y dejar sentado a cual se adscribe la presente investigación, ya que los resultados a los que se arriba partiendo de una u otra concepción difieren significativamente.

En este sentido, hay un primer sector doctrinal importante que define la prueba indiciaria (o indirecta) como aquella que se emplea cuando el hecho percibido por el juez, como resultado de la mera apreciación del medio probatorio, es distinto del hecho que se considera probado al término de la operación lógica total<sup>77</sup>.

Este tipo de prueba se opondría a la directa, en la que sí existe identidad entre el hecho percibido por el juez al momento de la actuación de la prueba y el hecho probado al término de la operación lógica respectiva. Una consecuencia de este planteamiento es que solo la inspección judicial sería prueba directa, mientras que todas las demás, incluyendo los testimonios, los dictámenes periciales, los documentos, e incluso la confesión, serían indirectas o indiciarias.

Esto se debe a que, en todos esos casos, el hecho que el juez percibe sensorialmente de manera inmediata cuándo se actúa la prueba (la narración del testigo, el informe del experto, el texto del documento o los recuerdos del autor del delito) es distinto al que se pretende probar<sup>78</sup>. En el caso de la confesión, por ejemplo, el juez solo percibe un relato hecho por una persona acusada de un delito y, como producto de esa percepción, induce la existencia o inexistencia del hecho por probar<sup>79</sup>.

---

circunstancial". Véase: GORPHE, François. La apreciación judicial de las pruebas. Traducido por Delia García Daireaux. La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 261.

<sup>76</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. Op. cit, p. 21. El autor citado descarta la validez de la distinción entre prueba directa y por indicios porque para él en general todas las pruebas son pruebas por indicios. "(...)esa distinción carece de todo fundamento porque, en realidad, el testimonio de una persona sobre un hecho no es más que el indicio de ese hecho para un juez que no lo ha presenciado".

<sup>77</sup> ECHANDÍA DEVIS, Hernando. Op. cit, p.520. Véase también: TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. 3ra edición. Traducido por Jordi Ferrer Beltrán. Editorial Trotta, Milano, 2009, p. 454, citando a Carnelutti y explicando cómo fue él quien generó cierta confusión terminológica al poner énfasis en esta definición de "prueba indiciaria".

<sup>78</sup> ECHANDÍA DEVIS, Hernando. Op. cit, p. 520-521, citando a Carnelutti y otros.

<sup>79</sup> Ibidem, p. 520.

Cuando el asesino, en su confesión, cuenta que mató a la víctima ahogándola en la bañera, el juez no percibe a la víctima ni a la bañera al momento en que se produce la confesión en el juicio oral. Lo que percibe es el relato del imputado y, a través de ese relato, llega a la convicción (o no) de que el asesinato se produjo. No hace sino “recibir la percepción que del hecho ha tenido otra persona”<sup>80</sup>.

La inspección judicial, por su parte, solamente sería prueba directa cuando se emplee para probar un estado de cosas permanente que el juez pueda apreciar aún mucho tiempo después de su inicio. Un derrame de petróleo en un río que siga siendo notorio meses después, por ejemplo, podría ser algo que un juez constate directamente, incluso si la inspección ocurrió de forma muy posterior al inicio del derrame.

Pero hay un segundo punto de vista que suele ser empleado con más frecuencia<sup>81</sup> y que identifica a la prueba como indiciaria o directa en función a si el objeto de esta - independientemente de lo que perciba el juez al momento de su actuación- es el mismo hecho que se quiere probar como resultado de todo el proceso, y que constituye el tema de prueba, o no<sup>82</sup>. En este sentido, será la relación entre el *hecho a probar* (entendido como el hecho principal del que depende la decisión del proceso) y el *objeto de la prueba* (entendido como la proposición o aserción fáctica concreta sobre la que versa el medio de prueba) la que establezca cuándo una prueba en particular es indiciaria<sup>83</sup>.

Esta segunda forma de entender la prueba indiciaria, que es la que se adoptará en este trabajo, la define como aquella en donde el objeto de la prueba está constituido por un hecho diferente al que debe probarse para tomar la decisión final que resuelve el proceso<sup>84</sup>. Se trata de una concepción ciertamente más restringida que la primera ya que agrupa únicamente a los medios probatorios que no aludan al hecho de fondo que se pretende probar, sin importar qué sea lo que el juez perciba al momento de la actuación de la prueba.

---

<sup>80</sup> Ibidem.

<sup>81</sup> Taruffo califica la primera concepción anteriormente descrita como “vaga y poco atendible”. Véase: TARUFFO, Michele. Op. cit, p. 455.

<sup>82</sup> Ibidem, p. 521.

<sup>83</sup> TARUFFO, Michele. Op. cit, p. 455.

<sup>84</sup> Ibidem, p. 455-456. Próximo: ECHANDÍA DEVIS, Hernando. Op. cit, p.522, quien la define como “aquella que se refiere a un hecho distinto al que se quiere probar, de modo tal que el hecho principal o tema de prueba puede ser solo deducido o inducido del primero”.

Retomando el ejemplo del asesinato en la bañera, una confesión en ese caso sería claramente prueba directa bajo esta concepción, debido a que el relato del confesor se refiere al hecho principal delictivo investigado (también llamado *tema principal*). En cambio, un documento que revele que el autor iba a recibir una fuerte suma de dinero si la víctima fallecía sería una prueba indiciaria o indirecta, porque no versa sobre el hecho delictivo en sí (que es la muerte de la víctima por inmersión en una bañera), pero permite considerar razonablemente que es probable, hasta cierto punto, que el imputado haya cometido el crimen, ya que tenía un motivo para hacerlo. Consecuentemente, “sirve para comprobar un hecho distinto” (la existencia de un móvil para matar) “que a su vez sirve para demostrar el tema principal de la prueba”<sup>85</sup> o hecho principal (el asesinato).

Siguiendo esta línea, algunos autores han señalado que los documentos, testimonios, confesiones, dictámenes periciales e inspecciones judiciales son prueba directa cuando “se identifican con el hecho fundamental que ha de probarse”<sup>86</sup> o, más claramente, “versan directamente sobre el hecho a probar”<sup>87</sup>. En efecto, bajo esta forma de definir la prueba indiciaria, lo determinante será la coincidencia o no entre el hecho a probar y el objeto de la prueba concreta analizada.

Sobre esto último, bien vistas las cosas, hay que notar que el hecho de definir la prueba indiciaria con arreglo a esta segunda concepción impide precalificar a un medio probatorio determinado como indiciario o directo, sin antes conocer cuál es el hecho a probar en el proceso concreto (o tema de prueba) y cuál es el objeto de prueba de ese medio probatorio en particular<sup>88</sup>. Como el propio Carnelutti notó en su momento, “el cuerpo de un herido es prueba indirecta del acto de herir, pero es directa de la herida misma y por tanto la inspección sobre aquel tiene uno u otro carácter, según lo que se quiera demostrar”<sup>89</sup>.

---

<sup>85</sup> FLORIAN, Eugenio. Op. cit, p. 126.

<sup>86</sup> FLORIAN, Eugenio. Op. cit, p. 126.

<sup>87</sup> TARUFFO, Michele. Op. cit, p. 455.

<sup>88</sup> Como excepción a esta regla, Taruffo cita ciertos ejemplos de pruebas que no existen en nuestro proceso penal, como el “juramento decisorio” y “la prueba por presunciones”. Véase: TARUFFO, Michele. Op. cit, p. 456.

<sup>89</sup> Citado por Devis Echandía. Véase: ECHANDÍA DEVIS, Hernando. Op. cit, p. 523, nota al pie 30.



Es importante percatarse también de que la prueba indiciaria o “de presunciones”, como la llama cierto sector doctrinal<sup>90</sup>, no es un verdadero medio de prueba sino una forma de valorar judicialmente ciertas situaciones debidamente probadas en el proceso que, pese a no tener carácter delictivo, pueden servir para acreditar un segundo hecho que sí lo tiene.

Por otro lado, hay también cierta polémica en torno a la estructura de la prueba indiciaria, en especial respecto a la definición y singularidad de sus elementos. La doctrina mayoritaria, cuya posición se sigue aquí, afirma la existencia de tres componentes al definirla: el indicio o hecho base, la presunción o enlace, y la afirmación presumida o hecho consecuencia<sup>91</sup>. No obstante, se discute ampliamente en torno a la distinción entre los conceptos de “presunción” e “indicio”<sup>92</sup>, que son justamente aquellos en los que se centra la prueba indiciaria, así como respecto al contenido mismo de estas nociones, como se verá inmediatamente.

En principio, el *hecho base o indicio* es un hecho cierto cuyo rendimiento, de cara a la valoración probatoria, no se agota en sí mismo, sino en su potencial para acreditar un hecho adicional distinto, de mayor complejidad<sup>93</sup>. Se trata de un hecho probado o conocido que, dependiendo de si es necesario o contingente, puede lograr demostrar por sí solo un segundo hecho (indicio necesario), o requerir ser valorado conjuntamente con otros indicios para lograr ese mismo objetivo (indicio contingente). Constituye la premisa de la cual se deriva la inferencia presuntiva y puede consistir en cualquier hecho del cual sea razonable extraer conclusiones vinculadas al hecho principal a probar<sup>94</sup>.

Esta definición, no obstante, no es totalmente pacífica. Algunos autores niegan cualquier distinción entre el indicio y el medio probatorio común y corriente debido a que “la

---

<sup>90</sup> MONTERO AROCA, Juan et al. Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal. 18ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 336.

<sup>91</sup> Por todos: MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal. Jose Maria Bosch Editor, Barcelona, 1997, pags. 226-231. SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. 3ª edición. Grijley, Lima, 2014, p. 747-750. FLORIAN, Eugenio. Op. cit, p. 127-129.

<sup>92</sup>

<sup>93</sup> MUÑOZ SABATÉ, Lluís. Curso Superior de Probática Judicial. La Ley, Madrid, 2012, p. 167. SAN MARTIN CASTRO, César. Op.cit, p. 747. MIXÁN MÁSS, Florencio. Prueba indiciaria. Ediciones BGL, Trujillo, 1995, p. 25. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Op. cit, p. 227. FLORIAN, Eugenio. Op. cit, p.129. GARCÍA CAVERO, Percy. La prueba por indicios en el proceso penal....Op.cit, p. 47. DE TRAZEGNIES, Fernando. *La teoría de la prueba indiciaria*. En: Doxa, Tendencias Modernas del Derecho. Normas Legales, Trujillo, 2004, p. 25.

<sup>94</sup> TARUFFO, Michele. Op. cit, p. 480.

operación mental mediante la cual se pueden inferir circunstancias desconocidas tomando como base un hecho probado en la causa es característica de toda la actividad probatoria en la causa”<sup>95</sup>, y a que si se toma como referencia el hecho principal del proceso, entonces todo elemento probatorio será siempre indirecto respecto de éste<sup>96</sup>. De ahí que consideren impropio caracterizar a ciertas pruebas como “indicios”<sup>97</sup>. Otro sector doctrinal critica la individualización de la noción de “indicio” como separada de la de “presunción” por ser ambas, en realidad, parte de una misma institución apreciada desde dos perspectivas diversas<sup>98</sup>.

El segundo elemento de la prueba indiciaria suele denominarse *presunción, enlace*<sup>99</sup> o *inferencia*<sup>100</sup>, y consiste en el razonamiento extraído del indicio o de una premisa basada en la experiencia habitual, que permite partir del hecho indicador para probar un hecho distinto (el hecho-consecuencia)<sup>101</sup>. No es sino una argumentación coherente con significación probatoria clara, basada en las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, que permite relacionar el indicio con otro hecho respecto del cual no existe prueba directa, convirtiéndose en un medio para demostrar su ocurrencia<sup>102</sup>.

Una cuestión interesante sobre las presunciones a las que se alude en la doctrina de la prueba indiciaria es que surgen dentro del proceso en base a las propias evidencias que correspondan al contexto del caso, ya sea por creación de las partes o por el juez –aunque este último decida si son finalmente acogidas en la sentencia o no-, y por eso son consideradas “presunciones de hecho”, a diferencia de las presunciones “de derecho”,

---

<sup>95</sup> JAUCHEN, Eduardo M. Tratado de la prueba en materia penal. Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, 2004, p.30.

<sup>96</sup> Ibidem. En contra: MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Op. cit, p. 228. “*El indicio tampoco es, por tanto, un medio de prueba*”. FLORIAN, Eugenio. Op. cit, p. 128. “*(...) esa característica puede servir para descartar desde ahora la errónea concepción de los indicios como medios de prueba, junto con los testigos, los documentos, etc.*” FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. Lógica de las pruebas en materia criminal. Volumen I. Traducido por Simon Carrejo. Editorial Temis, Bogotá, 1964, p. 236.

<sup>97</sup> JAUCHEN, Eduardo M. Op.cit, p. 31.

<sup>98</sup> SERRA DOMINGUEZ, Manuel. Estudios de Derecho Probatorio. Communitas, Lima, 2009, p. 580. Criticando a Devis Echandía (ver en especial nota al pie 32). GORPHE, François. Op cit, p. 261-262. Véase también: PABÓN GÓMEZ, Germán. Lógica del indicio en materia criminal. Ediciones Jurídicas, Santa Fe de Bogotá, 1994, p. 201, quien da cuenta de lo extendido de esta posición citando a diversos autores.

<sup>99</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Op. cit, p.228.

<sup>100</sup> MIXÁN MÁSS, Florencio. Op. cit, p. 41.

<sup>101</sup> FLORIAN, Eugenio. Op. cit, p.129.

<sup>102</sup>TARUFFO, Michele. Op. cit, p. 471. SAN MARTIN CASTRO, César. Op.cit, p. 750.

establecidas por ley para incrementar las posibilidades de que se pruebe el supuesto de hecho de la norma<sup>103</sup>.

Ahora bien, aunque la mayor parte de la doctrina considera que las presunciones son consecuencia de un razonamiento inductivo, tampoco esta postura es totalmente pacífica. Basándose en los trabajos de Charles Peirce, cierto sector doctrinal afirma que en puridad la prueba por indicios recurre más bien a un razonamiento abductivo, que se diferenciaría del primero en tanto no infiere fenómenos similares -como hace la inducción-, sino algo distinto a lo observado, esto es, no algo que se comporta fácticamente siempre del modo que se arguye, sino algo que *presumiblemente* se ha comportado así en el caso concreto<sup>104</sup>.

Un razonamiento inductivo se desarrolla de lo particular a lo general, respaldándose en la forma habitual como se llevan a cabo fenómenos similares. Va del caso y del resultado, a la regla o ley. Por ejemplo, dice la doctrina<sup>105</sup>, si en un caso concreto un sujeto sabe que una porción de determinados granos de arroz que ha encontrado han sido extraídos de un saco, y aprecia que éstos tienen color blanco, sería una inducción que concluya la regla de que todos los granos de arroz del saco son blancos. La base de este razonamiento es que existe una máxima de la experiencia conforme a la cual por lo general todos los granos de arroz al interior de un saco determinado son de un mismo tipo.

En cambio, según este sector doctrinal, si el sujeto parte de la regla de que todos los granos de arroz de un determinado saco son blancos, y luego encuentra tirados en algún rincón cercano granos de arroz blanco como resultado, sería una abducción el que concluya que, en el caso concreto, dichos granos de arroz provienen de aquel saco.

El hecho de que la máxima de la experiencia que indica que los granos de arroz caídos alrededor de un saco que contiene ese elemento sea, aparentemente, menos confiable que la que indica que todos los granos al interior de un saco son habitualmente del mismo tipo, lleva a esta sector a señalar que las dos inferencias serían distintas.

---

<sup>103</sup> MUÑOZ SABATÉ, Lluís. Op. cit, p. 145. El autor denomina “factibilidad probática” a la capacidad de un hecho de poder ser probado en juicio (p.41). Volveré sobre este importante concepto más adelante.

<sup>104</sup> Ibidem, p. 145-146.

<sup>105</sup> Ibidem, p. 146, pero usando el ejemplo de las “judías” (nombre que se le da a las alverjas en España) blancas, que he reemplazado por el de los granos de arroz para hacerlo más entendible en nuestro medio.

En este sentido, la inducción apuntaría a probar que algo se comporta fácticamente de una forma determinada (“si estos granos provienen de ese saco y son blancos, entonces todos los granos de ese saco deben serlo”), mientras que la abducción apuntaría solo a que presumiblemente algo se podría haber comportado de una forma determinada (“si todos los granos de arroz de ese saco son blancos, y estos granos que no están en él, pero se encuentran cerca de él, también lo son, entonces es razonable presumir que estos granos de arroz deben provenir de dicho saco”). Conforme a esto, el grado de especulación que se permite la prueba indicaría es mayor comparado con el que corresponde a los razonamientos inductivos habituales.

Por último, es crucial precisar aquí que la persuasión de la inferencia en la prueba indiciaria depende, en buena medida, de que se consiga demostrar que todas las otras posibilidades alternativas resultan inverosímiles para explicar los hechos-base con que se cuenta, o lo que es lo mismo, que no hay contra-indicios que puedan poner en cuestión seriamente la plausibilidad y verosimilitud de la presunción incriminatoria planteada<sup>106</sup>. En buena cuenta, la presunción desarrollada a partir del indicio busca rescatar, de entre toda una gama de posibles explicaciones para el hecho base, una en particular, que es justamente la que corresponde al hecho principal que se pretende acreditar en el proceso.

Para demostrar por qué dicha explicación es preferible sobre las demás, es necesario eliminar las otras opciones, en ocasiones introduciendo elementos de prueba adicionales o fundamentando expresamente la inverosimilitud de las demás opciones. Esta característica es la que más brilla por su ausencia en la mayor parte de casos de colusión resueltos mediante prueba indiciaria, como se verá posteriormente.

El tercer y último elemento en la estructura de la prueba indiciaria recibe el nombre de “afirmación presumida”, “hecho indicado” o “hecho consecuencia”<sup>107</sup>, y consiste fundamentalmente en la afirmación o hecho que se considera probado a partir del indicio o hecho indicador, como resultado de la presunción o inferencia desplegada. En casos penales este hecho es la conducta típica que se requiere probar para obtener una condena.

---

<sup>106</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Op. cit, p.231. SAN MARTIN CASTRO, César. Op.cit, p. 751.

<sup>107</sup> SAN MARTIN CASTRO, César. Op.cit, p. 750. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Op. cit, p.229. MIXÁN MÁSS, Florencio. Op. cit, p.76-77. GARCÍA CAVERO, Percy. Op. cit, p. 69.



En los casos que son materia de esta investigación, dicho hecho no es otro que el acuerdo colusorio.

## **2.2. La aplicación de la doctrina de la prueba indiciaria por parte de la Corte Suprema en casos de colusión**

### **2.2.1 La preponderancia de los indicios subsecuentes en los casos de colusión**

Ahora que han sido descritos los componentes de la doctrina de la prueba indiciaria, conviene analizar su aplicación por la Corte Suprema peruana. En general, es un lugar común en numerosas resoluciones el decir que el delito de colusión debe acreditarse principalmente mediante prueba indiciaria, siendo esto algo que la doctrina y la jurisprudencia reconocen unánimemente<sup>108</sup>. Pero los indicios que se suelen utilizar en los casos de colusión tienen además una característica adicional: suelen ser casi exclusivamente *subsecuentes*, y solo muy rara vez *concomitantes* o *antecedentes*.

La diferencia entre estas tres categorías se basa en el momento en el que se ubica el hecho indicador acreditado por el medio de prueba con relación al tema principal de prueba o hecho principal. Si el indicio es previo o simultáneo al hecho principal, entonces será un indicio de tipo *antecedente* o *concomitante*. Si es posterior, será un indicio *subsecuente*<sup>109</sup>.

En los casos de colusión, es claro que el hecho principal es el acuerdo colusorio en sí, esto es, el pacto por el cual uno o varios funcionarios públicos con capacidad de injerencia en la operación económica concreta de la que también participa el particular se han puesto de acuerdo con éste para favorecerlo.

En este sentido, toda la actividad probatoria realizada por la Corte está, o debería estar, fundamentalmente enfocada en analizar si la cadena de eventos sucedidos después del momento en el que se produjo el hipotético acuerdo colusorio puede ser explicada de

---

<sup>108</sup> En cuanto a la doctrina véase: VARGAS VALDIVIA, Luis. Op. cit, p. 141. En cuanto a la jurisprudencia, véase por todos: Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 1722-2016-Santa, emitida el 23 de enero del 2017 por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, considerando octavo. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>109</sup> CLIMENT DURÁN, Carlos. La prueba penal. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 91. GORPHE, Francois. Op. cit, p.266. SAN MARTIN CASTRO, César. Op.cit, p.753-754.



modo verosímil sin necesidad de asumir que constituyó la ejecución de éste. Si caben otras explicaciones diferentes a la existencia de dicho acuerdo que permitan explicar la secuencia de hechos, el juez debería admitir, como mínimo, un caso de duda razonable.

En la medida en que el acuerdo colusorio versa sobre cómo es que el funcionario público va a “ayudar” al privado en una operación económica posterior, esta perspectiva resulta conveniente, ya que la mejor forma de establecer su existencia es analizar el modo cómo se manejó la misma. Quizás la única excepción a esta regla corresponda a los casos de la tipología 3, donde el vínculo entre el funcionario y su testaferro suele ser anterior o casi simultáneo al momento del acuerdo colusorio. Al final del día, el delito de colusión consiste en ponerse de acuerdo para hacer algo después. Por eso los indicios en casos de colusión son principalmente subsecuentes, a diferencia de lo que sucede en otros casos.

Es interesante profundizar en esta diferenciación al interior de la categoría de los “delitos de clandestinidad” porque la recomendación para la valoración de la prueba cuando se está frente al ejemplo paradigmático de esta, que es la violación sexual, es **centrarse** en la declaración de la víctima y exigir un mínimo de corroboración periférica por intermedio de prueba indiciaria para tener por acreditado el delito<sup>110</sup>.

Sin embargo, y a pesar de que la colusión es también un “delito de clandestinidad”<sup>111</sup>, no se han emitido o producido reglas o recomendaciones probatorias análogas a las que existen en los casos de violación para dicho delito. Desde cierto punto de vista incluso, las dificultades probatorias propias de un caso de colusión tienden a ser mayores en la medida en que no se cuenta ni siquiera con el relato de una víctima del cual partir. Pero esto, sin embargo, no ha motivado criterios especiales de valoración probatoria similares

---

<sup>110</sup> Acerca de la calificación de los delitos de violación sexual como “de clandestinidad”, véase: Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 812-2004-Cajamarca, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, de 8 de julio del 2004, considerando quinto. En: SAN MARTIN CASTRO, César. *Jurisprudencia y Precedente Penal Vinculante*. Vol.2. Palestra, Lima, 2006, p. 832. También: Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 1281-2012-Lima, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 24 de junio del 2013, considerando tercero. Sobre las pautas de valoración en materia de violación sexual, véase *Infra*, capítulo III, numeral 3.3.

<sup>111</sup> Acerca de la calificación del delito de colusión como uno de “clandestinidad” basada en la naturaleza del acuerdo colusorio, véase: Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 1829-2012-Cajamarca, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 24 de abril del 2013, considerando cuarto. Sentencia recaída en el Expediente N° 33-2011 expedida por la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima, del 4 de diciembre del 2013, pag. 5 (citando al profesor Montoya Vivanco). También: Revisión de Sentencia N° 164-2011-Ayacucho, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 25 de septiembre del 2013, considerando décimo.

a los que existen para los delitos contra la libertad sexual. Volveré sobre este punto más adelante<sup>112</sup>.

Antes del acuerdo colusorio, además, rara vez existirán actos preparatorios que tengan una carga indiciaria relevante para el caso. Por ejemplo, probar que uno de los postores se reunió o solicitó una reunión con uno de los miembros del comité de selección tiene poco peso como evidencia de cargo, si no viene acompañado de indicios adicionales que demuestren que esa reunión devino en un trato más favorable. Esos indicios adicionales serán casi siempre subsecuentes.

La suerte de un caso de colusión entonces, en buena cuenta, depende de los indicios subsecuentes con los que se pueda contar. Cuando estos indicios no son explicables por el solo error del funcionario público y, más bien, resultan consistentes con un patrón de favorecimiento coordinado con el particular, entonces existirá un caso de colusión sólido sustentado en evidencia.

Con el fin de profundizar en el análisis, corresponde ahora analizar las tipologías presentadas en el capítulo 1 en términos de prueba indiciaria y ver, según cada tipo de caso, como se manifiestan los elementos estructurales de esta en ellos.

#### **2.2.2. La estructura de la prueba indiciaria en materia de colusión tipología por tipología**

- a) La prueba indiciaria en la tipología 1: Asignación de recursos prescindiendo de la participación de otros postores, ya sea falsificando documentos esenciales del proceso de contratación, o contratando con particulares sin proceso previo*

Conforme a lo señalado en el capítulo anterior, en la tipología 1 se agrupan los casos en los cuales el particular termina siendo contratado para realizar una obra o brindar un servicio sin mediar proceso de contratación de por medio. La inexistencia de un proceso de contratación mínimamente idóneo se desprende en ocasiones de que no exista ningún documento propio de éste, y en otras de la existencia de documentos falsos para aparentar la concurrencia de otros o la regularidad del trámite. Los indicios principales en ésta son los siguientes:

---

<sup>112</sup> *Infra*, capítulo III, numeral 3.3.

-El hecho de que se haya querido hacer aparentar que otros postores también estaban compitiendo junto al que se había coludido con las autoridades falsificando las cotizaciones u ofertas de las empresas o particulares competidoras/es, u otros documentos de similar importancia para el proceso de contratación.

-El hecho de que se haya pagado o asignado la realización de un trabajo a un postor determinado antes de que se hubiese realizado el proceso de contratación respectivo, o sin proceso de contratación, contratándolo pese a todo.

Los secundarios, por su parte, son los siguientes:

-El hecho de que se haya aceptado que personas sin la preparación o experiencia necesarias para realizar la prestación requerida la hayan llevado a cabo

-El hecho de que se haya aceptado pagar sobrepagos significativos

-El hecho de que se haya aceptado adquirir bienes innecesarios para la entidad.

Colocando estos indicios en relación con los componentes de la prueba indiciaria, tendríamos la siguiente estructura:

<b>Tipología 1: Asignación de recursos prescindiendo de la participación de otros postores, ya sea falsificando documentos esenciales del proceso de contratación, o contratando con particulares sin proceso previo</b>	
<b>Elemento de la prueba indiciaria</b>	Manifestación en el caso concreto
Hechos indicadores principales	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Se falsificaron cotizaciones de los postores distintos al que ganó, o documentos similares en importancia</li> <li>-Se asignó la orden de servicio a un postor antes de que hubiese concluido el proceso de contratación respectivo o sin proceso de contratación</li> <li>-Se pagó a un privado para que realizara la obra antes de la realización del proceso de contratación respectivo</li> </ul>
Hechos indicadores secundarios	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Se aceptó que personas sin la preparación o experiencia necesarias para realizar la obra recibieran los pagos de la entidad</li> <li>-Se aceptó pagar sobrepagos significativos</li> </ul>
Hecho consecuencia	Existió un acuerdo colusorio entre los funcionarios involucrados y el particular

Considerando los indicios encontrados, puede deducirse que la inferencia que realiza la Corte Suprema –y que no aparece mencionada en las resoluciones- es la siguiente: “si en un proceso de contratación se falsifican las cotizaciones u ofertas de los postores que

supuestamente compitieron con el ganador del proceso, o se le contrata directamente para realizar alguna labor o vender algún bien e incluso pagándosele antes, y además (aunque no necesariamente) se acepta que personas sin la preparación ni experiencia requeridas sean contratadas o que se vendan bienes con sobreprecio, entonces es probable que todo ello se deba a que existió un acuerdo colusorio entre los funcionarios y el privado”.

*b) La prueba indiciaria en la tipología 2: Inacción deliberada y falta de penalización de los graves incumplimientos contractuales en los que incurrió el privado, pagándosele pese a todo*

En la tipología 2, los indicios principales son los siguientes:

- El hecho de que a pesar de que el particular haya incurrido en un incumplimiento flagrante del contrato, no se le sancione conforme con las penalidades establecidas
- El hecho de que a pesar de que el particular haya incurrido en un incumplimiento flagrante del contrato, o no haya terminado de ejecutar su prestación, se le pague de manera regular sin realizar ninguna observación ni tomar ninguna medida compensatoria
- El hecho de que los funcionarios públicos que debían dar el visto bueno para que el particular pudiese cobrar sus honorarios lo hicieran sin realizar ninguna observación a pesar de las faltas e incumplimientos de este evidenciados

Los secundarios por su parte, son los siguientes:

- El hecho de que se haya ignorado los impedimentos establecidos en la normativa administrativa para contratar a determinados postores

Colocando estos indicios dentro de los componentes de la prueba indiciaria, tendríamos la siguiente estructura:

<b>Tipología 2: Inacción deliberada y falta de penalización de los graves incumplimientos contractuales en los que incurrió el privado, pagándosele pese a todo</b>	
<b>Elemento de la prueba indiciaria</b>	Manifestación en el caso concreto
Hechos indicadores principales	<ul style="list-style-type: none"> <li>-El particular incurrió en un incumplimiento o falta flagrante durante la ejecución de su prestación contractual, pero no fue sancionado jamás por dicho incumplimiento</li> <li>-Los funcionarios encargados de comunicar el incumplimiento contractual y hacer efectiva las penalidades que correspondían notaron que el particular había incumplido su prestación</li> </ul>

	-El particular cobró sus honorarios de manera regular, como si nunca hubiese incurrido en algún incumplimiento -Los funcionarios que debían supervisar la idoneidad de la prestación ejecutada por el particular antes de realizar el pago dieron su visto bueno para este sin hacer ninguna observación
Hechos indicadores secundarios	-No se tomó en consideración que la normativa administrativa impedía contratar con el postor en particular porque incumplía ciertos requisitos (como experiencia, inscripción en el RNP, entre otros)
Hecho consecuencia	Existió un acuerdo colusorio entre los funcionarios involucrados y el particular

En base a estos elementos, se desprende que la inferencia con la que aparentemente está trabajando la Corte Suprema en este tipo de casos es la siguiente: “Si en un proceso de contratación, el particular contratado incurre en incumplimientos de su prestación, y los funcionarios encargados de supervisarlos no le aplican ninguna penalidad ni hacen ninguna observación al respecto, permitiéndole que cobre su contraprestación con normalidad, y además (aunque no necesariamente) el particular ha sido seleccionado en violación de varias normas administrativas de admisibilidad al proceso de contratación, entonces es probable que todo ello se deba a que existió un acuerdo colusorio entre los funcionarios y el privado.”

*c) La prueba indiciaria en la tipología 3: empleo de testaferros para encubrir al verdadero contratista o la verdadera naturaleza del bien adquirido, o contratación con familiares de funcionarios de la entidad.*

En la tipología 3 se presenta una situación particular, ya que el indicio más relevante puede ser a veces antecedente o concomitante, pero no subsecuente. Consiste en la existencia de una relación o un vínculo entre el particular que se ha beneficiado indebidamente en la operación económica con un funcionario público o con alguien que tenga una relación cercana con aquel.

Sucede que, en muchos casos, la relación entre el funcionario y el testaferro era previa al acuerdo colusorio (cuestión que se puede inferir del hecho de que data de muchos años atrás, antes de que se plantease la posibilidad de llevar a cabo la operación económica en la que el testaferro resultaría beneficiado) mientras que, en varios otros, parece haber sido



establecida casi de manera concomitante al acuerdo y con el propósito exclusivo de lograr involucrar al particular en la operación encubriendo al beneficiario real<sup>113</sup>.

Los indicios secundarios que sí se encuentran en este tipo de casos son similares a los de todos los otros (pago de sobrepuestos, favorecimiento al interior de la operación económica o incluso prescindencia total de cualquier concurso para contratar, etc.), pero tienen la particularidad de apuntar a una colusión que involucra a la misma persona que tiene el vínculo con el funcionario público, es decir, al testaferro.

Trasladando estos indicios a una tabla para apreciar cómo se corresponden con la estructura de la prueba indiciaria, el resultado es el siguiente:

<b>Tipología 3: empleo de testaferros para encubrir al verdadero contratista, la verdadera naturaleza del bien adquirido o contratación con familiares de funcionarios de la entidad</b>	
<b>Elemento de la prueba indiciaria</b>	Manifestación en el caso concreto
Hechos indicadores principales	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Existencia de un vínculo de algún tipo (familiar, afectivo, comercial, etc.) entre el particular que resultó seleccionado para contratar con la entidad y algún funcionario público al interior de la misma.</li> <li>-Contratación de la empresa de un funcionario público de la entidad en actividad</li> <li>-Existencia de un impedimento legal para que el funcionario público con el cual el particular tiene el vínculo pueda contratar directamente con la entidad.</li> </ul>
Hechos indicadores secundarios	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Existencia de irregularidades administrativas que favorecieron la asignación de la buena pro al particular</li> <li>- Se aceptó pagar sobrepuestos significativos</li> </ul>
Hecho consecuencia	Existió un acuerdo colusorio entre los funcionarios involucrados y el particular

De lo anterior se desprende que la inferencia con la que aparentemente está trabajando la Corte Suprema en este tipo de casos sería la siguiente: “Si en un proceso de contratación, el particular contratado tiene un vínculo de algún tipo con algún funcionario con capacidad de influencia en la entidad que lleva a cabo el proceso y que está impedido legalmente de participar en él, o el contratado resulta ser el propio funcionario público impedido de contratar con el Estado o su empresa, y además (aunque no necesariamente)

<sup>113</sup> Esta resulta la opción más probable en los casos en los que el funcionario compra un bien para que este sea luego arrendado o vendido, por intermedio de un tercero, a la entidad en la que trabaja a un precio muy superior al del mercado.

el particular ha sido seleccionado en violación de varias normas administrativas y/o se pagaron sobrepagos, entonces es probable que todo ello se deba a que existió un acuerdo colusorio entre los funcionarios y el privado.”

*d) La prueba indiciaria en la tipología 4: Selección deliberada del postor que no ofrecía las condiciones más ventajosas calificándolo de manera parcializada en el proceso de contratación*

En la tipología 4, los indicios subsecuentes principales y secundarios son los siguientes:

- El hecho de que hayan existido mejores condiciones de los bienes y/o servicios ofertados por particulares que no resultaron favorecidos con la decisión de la entidad para contratar, respecto de las que ofrecía el que sí ganó el proceso de contratación
- El hecho de que no exista motivación en la decisión de la entidad que explique la racionalidad de la decisión tomada, o por qué las condiciones ofrecidas por el postor seleccionado en realidad sí eran mejores que las otras
- El hecho de que se hayan realizado pagos adelantados no justificados y se haya aceptado productos de escasa calidad que no cumplieran con los requerimientos respectivos

Trasladando estos indicios a una tabla en donde se relacionen con los elementos de la prueba indiciaria, se obtiene el siguiente resultado:

<b>Tipología 4: Selección deliberada del postor que no ofrecía las condiciones más ventajosas calificándolo de manera parcializada en el proceso de contratación</b>	
<b>Elemento de la prueba indiciaria</b>	<b>Manifestación en el caso concreto</b>
Hechos indicadores principales	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Los mismos bienes y/o servicios que la entidad pretendía adquirir estaban siendo ofrecidos en condiciones más favorables por un postor distinto al que ganó</li> <li>-La entidad pública no justificó su decisión de otorgarle la buena pro a este otro postor con razones técnicas, o ha ofrecido una justificación técnica que no resulta mínimamente convincente</li> </ul>
Hechos indicadores secundarios	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Se han realizado pagos adelantados no justificados</li> <li>-Se han aceptado prestaciones de escasa calidad, que no cumplen con los requerimientos establecidos en las bases</li> </ul>
Hecho consecuencia	Existió un acuerdo colusorio entre los funcionarios involucrados y el particular

De acuerdo a lo anterior, puede deducirse que la inferencia con la que parece trabajar la Corte en estos casos es la siguiente: “Si en un proceso de contratación, los mismos bienes o servicios que la entidad pretendía adquirir estaban siendo ofertados en condiciones más favorables por un postor distinto al que ganó y la entidad no justificó su decisión de, a pesar de esto, contratar con el primero, o lo hizo de forma no convincente, y además (aunque no necesariamente) el particular ha recibido pagos adelantados no justificados y se han aceptado prestaciones de escasa calidad sin tomar medidas al respecto, entonces es probable que todo ello se deba a que existió un acuerdo colusorio entre el particular y el o los funcionarios”.

*e) La prueba indiciaria en la tipología 5: Simulación de situaciones de excepción para omitir la realización de un proceso de selección y empleo deliberado de tipos de proceso distintos a los de ley con el fin de favorecer a un postor*

En la tipología 5, los indicios principales son los siguientes:

- El hecho de que se haya pretendido hacer pasar por válidas declaraciones de situaciones de urgencia o desabastecimiento a pesar de que, en los hechos, no concurrían los presupuestos fácticos necesarios para ello
- El hecho de que, aprovechando la simulación de la situación de emergencia, se haya contratado a postores que no hubiesen estado en condiciones de ganar el proceso de contratación de haberse realizado un concurso objetivo
- El hecho de que se haya usado un proceso de selección distinto y con menos controles, al que correspondía por ley en el caso concreto

Por otro lado, los secundarios son los siguientes:

- El hecho de que se hayan realizado pagos por adelantado injustificados o se hayan aceptado productos en mal estado.

Si estos indicios se trasladan a una tabla de forma que se correlacionen con la estructura de la prueba indiciaria, el resultado sería el siguiente:

<b>Tipología 5: Simulación de situaciones de excepción para omitir la realización de un proceso de selección y empleo deliberado de tipos de proceso distintos a los de ley con el fin de favorecer a un postor</b>	
<b>Elemento de la prueba indiciaria</b>	Manifestación en el caso concreto

Hechos indicadores principales	-Se emitió una declaración de una situación de urgencia o desabastecimiento a pesar de que no concurrían los presupuestos fácticos establecidos por la ley para ello -En el marco de la declaración de urgencia o desabastecimiento mal declarada, se contrató a postores que no hubiesen estado en condiciones de ganar un concurso regular aprovechando la falsa situación de urgencia -Se empleó un proceso de selección distinto y con menos controles al que correspondía por Ley
Hechos indicadores secundarios	-Se aceptaron productos en mal estado brindados por dichos postores -Se realizaron pagos adelantados injustificados a dichos postores
Hecho consecuencia	Existió un acuerdo colusorio entre los funcionarios involucrados y el particular

De lo anterior se desprende que la inferencia con la que parece trabajar la Corte en estos casos es la siguiente: “Si una entidad pública declara que hay una situación de urgencia o desabastecimiento pese a que no concurren los presupuestos fácticos respectivos y, aprovechando esta circunstancia, contrata a postores que no habrían estado en condiciones de ganar el proceso de contratación normalmente, o aplica al caso concreto un proceso de selección que no correspondía según Ley y que implica menos controles, y además (aunque no necesariamente) el particular ha recibido pagos adelantados no justificados y/o se aceptaron prestaciones de escasa calidad sin tomar medidas al respecto, entonces es probable que todo ello se deba a que existió un acuerdo colusorio entre el particular y el o los funcionarios”.

*f) La prueba indiciaria en la tipología 6: Redacción de las bases “a la medida” de un determinado postor y/o forzamiento de una adjudicación directa declarando desierto dos concursos previos deliberadamente*

En la tipología 6, los indicios principales son los siguientes:

- Inclusión en las bases de requisitos innecesarios para el objeto de la contratación
- Uso de esos requisitos durante el proceso de contratación para favorecer a un postor en particular
- Forzamiento de declaración de procesos de selección como desierto y contratación posterior de un privado mediante procesos de selección con menos controles

Los secundarios, por su parte, serían los siguientes:

- Aceptación de prestaciones defectuosas

-Pago de sobrepagos, no aplicación de penalidades a pesar del incumplimiento del privado

-Otras infracciones administrativas destinadas a favorecer al privado

Colocando estos indicios en una tabla para facilitar el hallazgo de la inferencia que permite desprender el hecho indicador de ellos, el resultado sería el siguiente:

<b>Tipología 6: Redacción de las bases “a la medida” de un determinado postor y/o forzamiento de una adjudicación directa declarando desiertos dos concursos previos deliberadamente</b>	
<b>Elemento de la prueba indiciaria</b>	Manifestación en el caso concreto
Hechos indicadores principales	- Inclusión de requisitos innecesarios para el objeto de la contratación en las bases -Uso de esos requisitos durante el proceso de contratación para favorecer a un postor en particular -Forzamiento de declaración procesos de contratación como desiertos y contratación posterior de un privado mediante procesos de contratación con menos controles
Hechos indicadores secundarios	-Se aceptaron productos y/o prestaciones en mal estado brindados por dichos postores -Se realizaron pagos adelantados injustificados a dichos postores o no se les penalizó pese a haber incumplido claramente sus prestaciones
Hecho consecuencia	Existió un acuerdo colusorio entre los funcionarios involucrados y el particular

Considerando lo anterior, podría deducirse que la inferencia con la que está trabajando la Corte Suprema en este tipo de casos es la siguiente: “Si en un proceso de contratación se incluyen requisitos en las bases innecesarios para el objeto de la misma y esos requisitos son aplicados en el proceso en beneficio de un postor determinado, o se fuerza la declaratoria como desiertos de dos procesos de contratación para contratar, empleando un proceso de selección más sencillo, a un particular, y además (pero no necesariamente), se aceptan productos y/o prestaciones en mal estado sin ninguna sanción o se realizan pagos injustificados, es probable que eso se deba a un acuerdo colusorio previo entre los funcionarios y el particular”.

Ahora bien, y con cargo a profundizar en esta crítica más adelante<sup>114</sup>, nótese desde ahora que la inferencia que conecta los hechos indicadores con el hecho indicado se sugiere solo

---

<sup>114</sup> *Infra*, numeral 2.3 literal “b”.



a manera de hipótesis en los párrafos anteriores. La razón de esto es que la Corte Suprema no suele enunciarse expresamente cuál es la inferencia con la que está trabajando.

No se explicita, en las tipologías encontradas, cuál es la máxima de la experiencia o regla de la lógica que permite pasar de éstos al hecho-consecuencia o hecho indicado, y sobre todo, no se realiza el descarte de soluciones alternativas o contra indicios que caracteriza a la prueba indiciaria, y la legítima como herramienta para condenar válidamente.

### **2.3. Valoración crítica del empleo de la teoría de la prueba indiciaria que realiza la Corte Suprema cuando conoce casos por el delito de colusión**

El análisis del empleo de la teoría de la prueba indiciaria que viene realizando la Corte Suprema en los casos de colusión arroja varios aspectos problemáticos e interesantes. Estos se enumeran a continuación a efectos de listar los problemas que posteriormente intentarán resolverse mediante la propuesta formulada en el capítulo 3.

#### **2.3.1 Los casos más frecuentes en los que se confirma una condena o se anula una absolución corresponden a supuestos en donde o bien no se aplica la prueba indiciaria o bien se aplica mínimamente**

El primer problema que salta a la vista es el predominio de casos en los que se confirma una condena o se anula una absolución porque la evidencia prueba un hecho explícitamente indicador de colusión, como lo es el que se haya contratado sin realizar un proceso de contratación, o falsificando las cotizaciones de los otros supuestos competidores o documentos similares en importancia. La presente investigación agrupa este tipo casos bajo la tipología 1.

En este sentido, resulta notable que mientras el resto de tipologías llegan a acumular un mínimo de 4 y un máximo de 38 pronunciamientos de todo el universo de ejecutorias que confirman condenas o anulan absoluciones analizadas, los casos correspondientes a la tipología 1 acumulan 55 ejecutorias, esto es, la tercera parte del total (33,3%). En uno de cada tres casos en los que se confirma una condena por colusión o se anula una absolución de la muestra analizada para esta investigación, no resulta necesario usar la prueba indiciaria, o se emplea mínimamente.

No es que el esforzarse por procesar y condenar en los casos más obvios de corrupción vinculados a compras públicas sea un error en sí mismo. Lo que sucede más bien es que, siendo la colusión un delito de clandestinidad, debería alarmar un poco que ésta sea la línea jurisprudencial más fuerte teniendo en consideración que en esta clase de delitos lo usual es que el sujeto activo no lleve a cabo su actividad de manera notoria, y más bien intente disimularla tanto como sea posible.

Está claro que el autor de un delito tiene interés siempre en que su hecho no sea conocido y llame poco o nada la atención. No obstante, en los delitos de clandestinidad resulta que, además de este interés común a quien comete cualquier otro ilícito, la propia naturaleza de los hechos constitutivos del tipo penal permite hacerlo de un modo más efectivo o necesita de un contexto especial de discreción para realizarse con éxito, de modo que el autor preferirá seleccionar este momento para actuar.

Ya sea porque la propia conducta típica consista en realizar actos de ocultamiento (piénsese en los casos de lavado de activos y en cierta medida, enriquecimiento ilícito<sup>115</sup>), o bien porque difícilmente pueda llevarse a cabo sin contar con estas condiciones especiales de clandestinidad (salvo casos excepcionales<sup>116</sup>, es improbable que una violación o un delito de enriquecimiento ilícito puedan suceder a vista y paciencia del resto de personas), lo cierto es que hay ciertos tipos penales en donde resulta más esperable que en otros que el autor, al momento de ejecutar la conducta, haya intentado hacerlo de forma soterrada (compárese los delitos anteriormente nombrados con los casos usuales de robo o lesiones, por ejemplo).

La colusión pertenece a esta categoría de delitos, ya que el acuerdo colusorio intenta mantenerse en secreto –aunque el círculo de personas que lo conocen por haber participado de él puede ser relativamente amplio-. Y por lo tanto, el sistema debería haber desarrollado criterios para que la valoración probatoria que realizan permita detectar y sancionar no solamente los casos obvios de corrupción en operaciones económicas

---

<sup>115</sup> Aunque el ocultamiento no es un requisito del tipo penal de enriquecimiento ilícito, lo habitual es que el sujeto activo de ese delito procure ocultar

<sup>116</sup> Recientemente la prensa ha empezado a difundir lamentables casos de agresiones sexuales transmitidas por redes sociales. Véase: <https://elcomercio.pe/peru/puno/investigacion-violacion-sexual-menor-puno-transmitida-facebook-noticia-448407>, revisado el 17.10.2017.

públicas sino también, y sobre todo, aquellos en los que la prueba no arroja una evidencia tan grosera.

La jurisprudencia reconoce esta situación, y por eso ha insistido en emplear la prueba indiciaria especialmente para los casos de colusión en numerosos pronunciamientos<sup>117</sup>. No obstante, viendo lo que sucede en la práctica y luego de analizar un universo importante de decisiones judiciales en distintos años emitidas por diversos magistrados, la impresión que queda es que el supuesto empleo de la prueba indiciaria no ha logrado el objetivo de ayudar a sancionar significativamente los casos menos obvios. Los casos que más se procesan y condenan siguen siendo los más evidentes, lo cual supone un cuestionamiento al impacto real que el uso de la prueba indiciaria está teniendo en el procesamiento de delitos de colusión.

Haciendo un símil con otro delito de clandestinidad como el lavado de activos, podría decirse que lo que aquí he llamado tipología 1 para casos de colusión se asemeja a los casos de lavado en los cuales es posible probar el origen ilícito de los bienes especificando circunstancias de tiempo y lugar.

Se trata, en ambos casos, de ocasiones en las que se cuenta con prueba directa para acreditar un elemento importante del delito que es en general complejo de probar. Puede ser útil también comparar este tipo de casos con los de violación sexual de menor de 14 años en los que la víctima queda embarazada. La minoría de edad permite sortear el problema del consentimiento, que suele ser la duda principal en esos litigios, y un eventual análisis de ADN del recién nacido servirá para determinar la paternidad. Con ello, en principio, se tiene todo lo necesario para construir un caso con altas posibilidades de condena.

Ahora bien, es cierto que es razonable suponer que una parte importante del problema se debe a las dificultades que experimenta el propio MP para investigar y preparar casos fuertes de colusión, varias de las cuales han sido ya identificadas y señaladas en un

---

<sup>117</sup> Por todas véase: Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 2517-2014-Ancash emitida por la Sala Penal Permanente el 10 de septiembre del 2015, considerandos sexto, séptimo y octavo. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

informe de la Defensoría del Pueblo en el año 2014<sup>118</sup>. Estas dificultades no son atribuibles a la aplicación que se esté haciendo de la prueba indiciaria, sino a cuestiones estructurales de recursos humanos y capacitación en el subsistema anticorrupción.

Sin embargo, la apreciación de la línea jurisprudencial de confirmación de condenas y anulación de absoluciones más frecuente en materia de colusión también revela otra realidad, quizás advertida con menos frecuencia: la mayor cantidad de confirmación de condenas y anulación de absoluciones por casos de colusión en el sistema no proviene del uso de la prueba indiciaria.

Esta afirmación puede parecer contra-intuitiva en un principio, ya que no existen en la mayoría de casos que corresponden a la tipología más frecuente de colusión (“asignación de recursos prescindiendo de la participación de otros postores, ya sea falsificando propuestas técnicas o asignando órdenes de compra o servicio sin realizar ningún concurso”), videos, grabaciones, ni testimonios que aludan directamente al acuerdo colusorio. Habitualmente, además, ninguna persona declara en el proceso penal que el acuerdo colusorio existió.

Pese a esto, no hay que perder de vista que el delito analizado consiste en coludirse y el concepto de prueba indiciaria al que se adscribe esta investigación la define como toda aquella “en donde el objeto de la prueba (de la prueba concreta considerada indiciaria) está constituido por un hecho diferente al que debe probarse para tomar la decisión final que resuelve el proceso<sup>119</sup>”. Partiendo de esta base, debe aceptarse que en todos aquellos casos en los que exista un contrato entre el particular y la entidad que no sea el resultado de un proceso de contratación, existiendo el mandato legal de llevar a cabo éste último, hay prueba directa de un acuerdo colusorio.

Es importante enfatizar que no se está hablando aquí de los casos en los que el acuerdo colusorio se expresa en un proceso de contratación mal llevado o con determinadas irregularidades dirigidas a favorecer a un postor en particular, en donde el análisis tiene

---

<sup>118</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 168: *El archivo fiscal de denuncias por Colusión y Peculado. Estudio realizado en los distritos de Lima, Áncash, Ayacucho y Junín*. Defensoría del Pueblo, Lima, 2014, p. 171 y ss.

<sup>119</sup> Véase: *Supra*, capítulo 2, numeral 2.1.1.

que ser más fino. Aquí se está hablando, más bien, de los casos en donde planamente o bien no hubo ningún proceso de contratación –y aun así hay contrato entre la entidad pública y el privado- o bien se falsificaron las cotizaciones de los postores distintos al ganador u otros documentos esenciales al proceso de contratación, en cuyo caso tampoco puede hablarse ni siquiera de un proceso viciado ya que se carece del elemento esencial de todo proceso de contratación, que es precisamente la concurrencia de distintos postores.

En condiciones como las descritas probar la existencia de un contrato, a pesar de la ausencia absoluta de un procedimiento diseñado para seleccionar al proveedor en condiciones mínimas de objetividad y siempre que no concurren circunstancias excepcionales, solo puede significar probar directamente la existencia de un acuerdo colusorio.

El contrato implica la existencia de un acuerdo por definición<sup>120</sup>. La existencia de un acuerdo entre quienes representan, deciden, y forman la voluntad de una entidad pública para estos fines y el privado, prescindiendo de los procedimientos diseñados para asegurar una elección objetiva de la oferta más conveniente para la entidad es, por eso, prueba directa de un acuerdo colusorio.

Cuestión distinta es que sea prueba suficiente para condenar en todos los casos. Siempre podría haber habido un error relevante en la interpretación de las normas que autorizaban a seleccionar al contratista privado directamente, por ejemplo. Siempre podría ser necesario identificar cuáles funcionarios estaban involucrados en el acuerdo.

De ahí el aporte de los otros medios de prueba en estos supuestos, que añaden a lo anterior hechos que exacerban la imposibilidad de atribuir el contrato sin proceso de contratación a solo un error (además de haberse equivocado en que no podían contratar directamente ¿Se equivocaron también en recibir bienes en mal estado? ¿Se equivocaron también en

---

<sup>120</sup> Con respecto a contratos privados: FORNO FLORES, Hugo. *Acerca de la noción de contrato*. En: Gaceta Jurídica, Tomo 78-B. Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 14, citando el artículo 1352 del código civil, que hasta la fecha usa el término “acuerdo” al definir el contrato. Véase también: SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo. *El concepto y los factores de los contratos de la administración pública como referentes necesarios para el desarrollo del Sistema de Contratación en el Perú*. En: Revista Derecho y Sociedad N° 29. Asociación Civil Derecho y Sociedad, Lima, 2008, p. 57, precisando que también en los contratos con la administración pública se presenta el elemento del acuerdo.



pagar el monto completo del contrato cuando la prestación del contratista ni siquiera había sido ejecutada en su totalidad?, etc.).

Lo expuesto no quita que la prueba de la existencia de un contrato, en casos en los que no hubo proceso de contratación, sea verdaderamente prueba directa, y no prueba indiciaria, como podría parecer en un principio. La prueba directa también requiere apoyarse en otros medios probatorios para reforzar su mérito, especialmente cuando el imputado niega las acusaciones y despliega prueba de descargo.

Sucede, además, que en varios de estos casos existe un documento formal al que se le llama “contrato” (aunque jurídicamente no le corresponda esta naturaleza por ser el resultado de un fraude). Ese documento formal, en un caso de colusión en el que no hubo proceso de contratación, es prueba directa de un acuerdo colusorio porque demuestra que el particular y el funcionario público acordaron que el primero contrate con el Estado sin que esta decisión se haya tomado en el marco de un proceso objetivo para seleccionar al postor más conveniente para el Estado. Por citar solo algunos, pueden revisarse los siguientes casos:

R.N 1522-2009-Ancash:

*“Que, según la acusación fiscal de fojas quinientos veintisiete, los acusados FREDY MARCELO ZUBIETA CALDERÓN [representante legal de la empresa ROMISA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA -en adelante E.I.R.L. Diógenes Cristóbal Cerrate -Alcalde- y Manuel Paulino Rojas -Tesorero- cometieron actos defraudatorios en el periodo mil novecientos noventa y nueve al dos mil dos en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Ticlos junto con el acusado Óscar Palacios Antaurco -representante de la empresa Palacios Constructores y Servicios Generales-, a propósito de la adjudicación directa de la obra de ampliación y construcción del local municipal del centro poblado de Roca mediante contrato por un costo de noventa y cinco mil cuatrocientos noventa y cuatro punto cero dos nuevos soles, en el que no se cumplió con el requisito de convocatoria de por lo menos tres postores; (...) Que, pese a la negativa del acusado ZUBIETA CALDERON en la comisión del delito imputado (...) quien por lo demás indicó que es propietario de la empresa ROMISA E.I.R.L. pero que en el contrato firmado entre Palacios Antaurco y la Municipalidad existe un error porque se utilizó una plantilla, tanto el delito como su responsabilidad se acreditan con la pericia contable(...)”<sup>121</sup> (destacado añadido)*

---

<sup>121</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N 1522-2009-Ancash, del 2 de agosto del 2010, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, considerandos segundo y tercero. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

R.N N° 3953-2010-Amazonas:

*“[B. CARGOS POR DELITO DE COLUSION DESLEAL]: Según la acusación, los hechos relativos a la comisión de este ilícito, son: i]. Mediante Resolución Directoral del Hospital de Apoyo - Chachapoyas número trescientos dieciocho - dos mil uno -CTAR-AMAZONAS.DRS/DHACH de fojas ciento siete, del veintinueve de diciembre de dos mil uno, se conforma el Comité Especial de Adjudicación Directa Selectiva; Mediante Resolución Directoral del Hospital de Apoyo - Chachapoyas número cero treinta y siete - dos mil dos -CTAR-AMAZONAS-RSA-HACH/D del diecisiete de enero de dos mil dos de fojas ciento nueve, se aprobó las bases de Adjudicación Directa Selectiva número cero cero uno -dos mil uno. DHACH de fojas ciento diez, estableciendo el valor referencial de ciento cincuenta mil nuevos soles; (...)v]. El Comité Especial se reúne el día ocho de febrero de dos mil dos en la Oficina de Administración del citado Hospital para la apertura de sobres, según acta de reunión de fojas setenta y siete. En dicho acto, se otorga la buena pro a la empresa C & A Industrial SRL. Al respecto, no existe evidencia que el Comité se haya reunido en otro momento para tratar asuntos de su competencia. Lo más grave es que siendo postores otras empresas que ofertaban realizar la obra por suma menor, éstas no resultaron las ganadoras, sino la citada empresa, la misma que ofertó la suma elevada de ciento cincuenta mil nuevos soles, siendo ésta la ganadora, conforme está acreditado;(...) vi]. El quince de febrero de dos mil dos, JUAN CARLOS DIAZ SÁNCHEZ, en calidad de Director del Hospital - Chachapoyas, suscribió el Contrato número cero ocho -dos mil dos -CTAR-AMAZONAS-HACH de fajas ciento treinta y cinco, con NEIL EDWIN JURADO UGARTE, Representante de la Empresa C & A Industrial SRL, para la ejecución de la obra. De la revisión efectuada a la documentación del proceso de Adjudicación Directa Selectiva, se han determinado irregularidades, a saber: a). No existe Expediente Técnico en base al cual se haya elaborado las bases y el valor referencial de la obra; b). (...) ii). No existe acta en la que se demuestre que el Comité sesionó para la elaboración de las bases; iii). No existe acta que acredite que el Comité aprobó por mayoría o por unanimidad a que postores se iba a invitar a participar en la adjudicación; iv). No existe acta con la que se pruebe que el Comité sesionó (...)<sup>122</sup>” (destacado añadido)*

R.N N° 891-2010-Ucayali:

*“Que, según la acusación fiscal de fojas mil ciento cincuenta y nueve -ampliada a fojas mil ochocientos treinta y tres-, la Municipalidad de Yarinacocha convocó a la Licitación Pública número cero uno - noventa y nueve - MDY - CE para la elaboración del expediente técnico y ejecución de obra: Construcción del Palacio Municipal de Yarinacocha, en la cual quedaron como finalistas dos empresas postoras, siendo otorgada la buena pro a la empresa S.J. & T Representaciones y Servicios S.R.L. -representado por el encausado José Alberto Tipiani Bringas- por un monto de un millón de nuevos soles y un plazo de ejecución de ciento sesenta y cinco días calendarios; ahora bien, la Comisión Auditora detectó que vencido el plazo otorgado, los funcionarios de la Municipalidad, WALTER RUIZ VARGAS -Alcalde-, Juan Alejandro Luna Rojas -Director Municipal- y Américo Urcino Torres Lozano -Asesor Legal-, en concertación con la citada empresa,*

---

<sup>122</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 3953-2010-Amazonas, del 20 de julio del 2011, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), literal “B”, considerandos I y VI.

suscribieron un contrato -al margen de las bases y de la propia oferta del postor-, exclusivamente para la elaboración del expediente técnico por un monto de cuarenta mil nuevos soles (...) Cuarto: tanto el delito cuanto su responsabilidad se acreditan con el Contrato de Elaboración de Expediente de Obra -ver fojas seiscientos ochenta y nueve-, que celebraron la Municipalidad agraviada -suscrito por el acusado en calidad de Alcalde- y la empresa S.J. & T Representaciones y Servicios Generales, en el que se consignó que se cancelaría el monto de cuarenta mil nuevos soles, por la elaboración del expediente técnico en forma paralela, pese a que según las Bases Administrativas -fojas cuatrocientos sesenta y nueve- de la Licitación Pública número cero uno - noventa y nueve - MDYC - CE se había establecido que la buena pro fue tanto para la elaboración del expediente técnico como para la ejecución de la obra de manera conjunta, por lo que al momento de firmarse el citado contrato, se hizo de manera parcial o fraccionada.<sup>123</sup>” (destacado añadido)

R.N N° 416-2011-Arequipa:

“Segundo: Que, según la acusación fiscal de fojas mil ochocientos veintiuno, en el año dos mil uno en la Municipalidad Distrital de Yarabamba, se presentaron irregularidades en la adjudicación y ejecución de las obras "Plataforma C.I. Anexo San Antonio", "Plazoleta del Señor de los Desamparados" y "Línea de Conducción por Gravedad Pozas de Filtración N°2"; que respecto de la primera obra, la encausada Cecilia Elizabeth Linares Moscoso en su condición de Alcaldesa concertó con el encausado Raúl Francisco Alejandro Hinojosa Arenas para favorecerlo con la buena pro de la ejecución de esa obra (...) que se otorgó la buena pro al encausado Hinojosa Menas en el que se aparentó que se hicieron tres propuestas económicas, que luego se verificó que uno los postores no había intervenido y el otro no era representante de la empresa por la cual se presentó; que el día en que se presentaron las propuestas económicas y obtuvo la buena pro, se celebró y firmó el contrato de locación de servicios, fijándose una retribución seis mil ochocientos nuevos soles y un adelanto de quinientos nuevos soles, ese mismo día se le entregó el terreno para la obra y se iniciaron los trabajos; (...) Que en cuanto a la segunda obra, la procesada Linares Moscoso benefició al encausado José Ticona Chiri con quien suscribió el contrato de ejecución, sin que exista un proceso de selección; (...) Tercero: Que (...) es correcta la condena de la encausada Cecilia Elizabeth Linares Moscoso (...) pues se aparentó haber llevado a cabo un proceso de adjudicación directa de menor cuantía para favorecer al encausado Linares Moscoso (...) que, así mismo, (sic) la obra "Plazoleta del señor de los Desamparados" se ejecutó sin llevar a cabo un proceso de adjudicación de menor cuantía y sin expediente técnico que la sustente; que si bien se contrató directamente al encausado Ticona Chiri (...) en estricto en esta obra se favoreció al encausado Hinojosa Arenas a quien se le encargó la elaboración del expediente técnico y la supervisión de la referida obra, no obstante estas no fueron efectuadas pese a que se cumplió con su pago oportuno (...)”<sup>124</sup>” (destacado añadido)

<sup>123</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 891-2010-Ucayali, del 20 de abril del 2011, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, considerandos tercero y cuarto. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>124</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 416-2011-Arequipa, del 24 de agosto del 2011 emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, considerandos segundo y tercero. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).



R.N N° 822-2011-Cajamarca:

*“Tercero: Que, el Tribunal Superior no ha realizado una adecuada valoración de la prueba ni ha llevado a cabo diligencias necesarias para esclarecer los hechos objeto de juicio, pues (...)el Informe Especial número cero setenta siete dos mil ocho - CG/ORCA (de fojas veintinueve), puntualiza lo siguiente: “(...) existen indicios que los funcionarios involucrados habrían, concertado con el señor Norman Flores debido a que el señor Alcalde no dispuso la realización de un proceso de selección a fin de elegir a la empresa encargada de ejecutar dicha obra, más aún que el citado contratista fue el encargado de elaborar el expediente técnico, conforme lo informó el señor Alcalde al Concejo en Sesión del quince de febrero de dos mil cuatro, siendo el caso que, en sesión ordinaria de fecha siete de marzo de dos mil cuatro decidieron los miembros del Concejo, unánimemente, que la obra sea ejecutada por una empresa a todo costo, sin embargo el señor Alcalde con fecha uno de marzo de dos mil cuatro, había ya suscrito el contrato de obra con la empresa contratista Norman Flores (...)”<sup>125</sup>” (destacado añadido)*

R.N 1092-2011-Cajamarca:

*(...) según la acusación fiscal de fojas novecientos veinticuatro, se imputa al procesado Juan Nelson Quiroz Alcántara, que en su condición de Alcalde de la Municipalidad Provincial de San Miguel del departamento de Cajamarca, se concertó con sus coprocesados Julio César Gutiérrez Álvarez -comandante del Ejército Peruano- y Alcides Nevado Campos para adquirir bienes y servicios de maquinaria pesado, tales como: Tractor Oruga O seis y Tractor de Oruga FD veinte, durante los años dos mil tres y dos mil cuatro, utilizando recursos del FONCOMUN y CANON MINERO, adquisiciones efectuadas por un monto de ochenta y seis mil quinientos cincuenta nuevos soles con ochenta y tres céntimos, que obedecieron a dos contratos suscritos con la Empresa 'Representaciones Nevado' por los montos de treinta y nueve mil seiscientos noventa y un nuevos soles con cuarenta y dos céntimos y cuarenta y seis mil ochocientos cincuenta y ocho nuevos soles con cuarenta y seis céntimos, ambos firmados el veintiuno de mayo de dos mil tres, que estos gastos fueron contratados en forma subrepticia y efectuados pese a no estar previstos en el Plan anual (...) Sexto: Que esta imputación y las conductas ilícitas desarrolladas por los citados encausados fueron corroboradas por los procesados Miguel Antonio Quiroz Barboza, Karina Maribel Urquiaga Cruzado, Juan Renán Hernández Herrera, Lorenzo Hernández Mendoza y Flavio Elmer Poma Poma, quienes en sus declaraciones plenariales (...) afirmaron que por orden directa del procesado Nelson Quiroz Alcántara, en su condición de Alcalde, giraron los cheques a favor del procesado Gutiérrez Álvarez, agregando que este último mantenía evidentes Irnos<sup>126</sup>(sic) de amistad con el imputado Quiroz Alcántara; que, en ese proceso de contratación, se realizaron pagos sin verificar el trabajo realizado, los que eran respaldados por facturas emitidas antes de la suscripción del Contrato con la Entidad edil para que realice el servicio que fue materia de licitación pública; que, en consecuencia, se aparentó haber llevado a cabo un proceso de adjudicación para favorecer al encausado Alcides Nevado Campos, representante de la Empresa Representaciones Nevado quien tenía como intermediario al procesado Gutiérrez*

<sup>125</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 822-2011-Cajamarca, del 16 de septiembre del 2011, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, considerando tercero. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>126</sup> Probablemente quiso decir “signos”.

*Álvarez, alterando la realidad del procedimiento establecido para contratar con el Estado, y luego llevar a cabo ese servido, no obstante, en su desarrollo se causó perjuicio a la agraviada, lo que está acreditado con los documentos antes citados.<sup>127</sup>” (...) (destacado añadido)*

Los seis casos citados son representativos de la existencia de contratos firmados entre las partes coludidas y usados como evidencia de cargo en el grupo de casos en el cual no hubo proceso de contratación (incluyendo los supuestos en los que se falsificaron las cotizaciones de los demás postores), y a pesar de eso, la entidad pública asignó recursos a determinado proveedor privado para realizar una labor.

En otros de los casos de la misma tipología otros documentos distintos al contrato sirven para acreditar que hubo un acuerdo entre el funcionario público y el privado sin proceso de contratación, para favorecer a éste último en el marco de una operación económica. Por ejemplo, cuando se evidencia que no hubo proceso de contratación porque no existen los documentos del expediente de contratación sin estar en disputa que los mismos se hayan perdido, y sin embargo sí existen comprobantes que acreditan el pago al particular por la obra o los servicios supuestamente realizados.

Ahora bien, nada de esto sería un problema si no existieran razones para pensar que se producen muchísimos casos de colusión en los cuales las partes involucradas toman precauciones para no ejecutar el acuerdo colusorio de una manera tan evidente como la que aparece en la tipología 1. Si fuese así, nadie debería sentirse alarmado de que los casos que son objeto de condenas confirmadas y absoluciones anuladas más frecuentemente sean también los de mayor incidencia.

Sin embargo, las mejores investigaciones que existen en nuestro medio demuestran que la corrupción en las operaciones económicas llevadas a cabo por el Estado es un fenómeno histórico y sistemático, que se ha repetido a lo largo de toda nuestra existencia como país y que se ha nutrido de diversos esquemas en más de una oportunidad<sup>128</sup>. Varios de estos tenían una complejidad mucho mayor a la simple asignación directa de recursos

---

<sup>127</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 1092-2011-Cajamarca, del 18 de enero del 2012, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, considerandos cuarto y sexto. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>128</sup> Por todas véase: QUIROZ, Alfonso W. Historia de la corrupción en el Perú. Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2013, p.62-63, documentando casos de corrupción pública desde la época del virreinato.



y sin proceso de contratación pese al mandato de la ley, o falsificando las ofertas económicas de los supuestos postores no favorecidos<sup>129</sup>. Siendo esto así, existe base para pensar que es improbable que la mayor parte de casos de corrupción en operaciones económicas ejecutadas por el Estado se desarrolle de forma tan simple.

De esto se desprende, entonces, que la preponderancia de casos pertenecientes a la tipología 1 entre los que sirven para confirmar una condena o anular una absolución, sugiere también un cierto grado de incapacidad para procesar y sancionar los casos de colusión que utilizan mecanismos más sutiles.

Habida cuenta de que la evidencia demuestra que la mayor parte de resultados favorables a la pretensión de condena en delitos de colusión (confirmación de condenas o anulación de absoluciones) proviene de casos con medios de prueba tan elocuentes, es razonable pensar que, detrás de éstos, muchos más permanecen fuera del ámbito de control de las autoridades, aprovechando que en éstos se tomaron mayores precauciones para disimular mejor los sucesos.

### **2.3.2 Se confunde la enumeración de los hechos indicadores con la prueba del hecho indicado**

Un segundo problema detectado, al que ya se hizo alusión previamente, guarda relación con el escaso empleo del razonamiento inferencial, así como a la falta de referencia a los contra indicios existentes en la mayoría de casos de colusión revisados. Este problema se extiende a todas las tipologías. Como ya ha sido señalado, este elemento tiene especial importancia dentro del esquema de razonamiento probatorio que plantea la prueba indiciaria, ya que es el medio para demostrar que el hecho indicado puede considerarse probado a pesar de no existir prueba directa respecto de éste.

En esta misma línea, el propio Tribunal Constitucional ha destacado que el empleo de la prueba indiciaria en materia penal está permitido y no vulnera ningún Derecho Fundamental, siempre y cuando los jueces penales señalen expresamente que están

---

<sup>129</sup> Por citar solo un ejemplo de esquema de corrupción en una operación económica bastante más complejo que el de la tipología 1, véase la descripción hecha sobre el funcionamiento del llamado “contrato Grace” ya en 1870, en: Ibidem, pags.203-207.

utilizándola, fundamentando, paso por paso, cómo es que arriban al resultado probatorio final:

*“(…) si bien el juez penal es libre para obtener su convencimiento porque no está vinculado a reglas legales de la prueba y, entonces, puede también llegar a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, a través de la prueba indirecta (prueba indiciaria o prueba por indicios), será preciso empero que cuando ésta sea utilizada, quede debidamente explicitada en la resolución judicial; pues no basta con expresar que la conclusión responde a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, sino que dicho razonamiento lógico debe estar debidamente exteriorizado en la resolución que la contiene.<sup>130</sup>”(destacado añadido)*

A mayor abundamiento, al referirse expresamente al razonamiento inferencial, el mismo órgano jurisdiccional indicó que:

*“(…)además, se exige que se haya explicitado qué regla de la lógica, máxima de la experiencia o qué conocimiento científico han sido utilizados, y si hubieran varios de estos, por qué se ha escogido a uno de ellos. Es decir, que el órgano jurisdiccional debe explicitar el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, ha llegado la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, con el objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión (examen de suficiencia mínima)<sup>131</sup>”(destacado añadido)*

Entonces, queda claro que los jueces penales están obligados a realizar una motivación particularmente clara al momento de condenar a alguien por prueba indiciaria, lo cual supone explicar siempre el nexo entre el o los indicios de los cuales se tiene prueba directa, y el hecho acreditado al culminar el razonamiento inferencial.

A pesar de esto, una revisión de la jurisprudencia compilada para la presente investigación en materia de colusión revela que, en la mayoría de casos en los que se utiliza la prueba indiciaria, los magistrados a cargo de revisar la evidencia suelen listar los medios probatorios de cargo existentes, pero rara vez explican qué máximas de la experiencia, reglas de la lógica o razonamientos científicos permiten transitar desde ellos hacia el acuerdo colusorio por medio de la inferencia, ni realizan la supresión de alternativas

---

<sup>130</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00728-2008-PHC-TC (Caso Giuliana Llamojas) del 13 de octubre del 2008, FJ 25.

<sup>131</sup> Ibidem, FJ 27.

propias de esta estructura probatoria. Esta falencia constituye una de las más graves y comunes en el análisis de la jurisprudencia compilada.

Si bien la Corte Suprema no es el órgano jurisdiccional encargado de realizar la valoración probatoria en primera instancia en los casos de colusión, sí le corresponde revisar detenidamente el razonamiento empleado para estos fines por las Salas de la Corte Superior -que actúan en esta clase de procesos como órganos de primera instancia-, para todos los casos tramitados bajo las reglas del C. de P.P.<sup>132</sup>, que son la mayoría en la muestra empleada para esta investigación<sup>133</sup>.

En este sentido, uno esperaría que las Salas encargadas de sentenciar en primera instancia realizaran la valoración probatoria conforme con las pautas de la prueba indiciaria, y la Corte Suprema confirmara o negara la validez de ese razonamiento. Sin embargo lo que suele suceder es que la Corte Suprema se limita a listar los indicios de cargo y extraer conclusiones individuales de estos, sin poner nunca de manifiesto la inferencia utilizada para llegar desde ellos hasta el hecho indicado, en virtud de la cual se confirma la condena.

No es lo mismo listar los elementos de convicción en los que apoyó su decisión la Sala de primera instancia, que analizar si verdaderamente existe base para asumir que los hechos indicados probados en el proceso permiten inferir la existencia de un acuerdo colusorio o no. Lo último requiere realizar una operación de descarte de los contra indicios que pudieran llevar a una solución alternativa no delictual para explicar los hechos<sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> De acuerdo con el artículo 1 inciso “f” de la Ley 26689, los delitos de colusión se tramitan en la vía ordinaria. El Código de Procedimientos Penales de 1940 establece que en esa vía procedimental la sentencia de primera instancia es emitida por la Sala Penal y revisada por la Corte Suprema vía R.N (arts. 280°, 293° y 296° del Código de Procedimientos Penales).

<sup>133</sup> Si bien la Ley 29574 estableció la entrada en vigor del CPP 2004 para los delitos de colusión y otros delitos contra la administración pública a nivel nacional en el 2011, bajo este nuevo modelo la Corte Suprema únicamente conoce los casos de colusión que lleguen ante ella mediante el recurso de casación o aquellos en los que la investidura del imputado exija que actúe como instancia. En principio la casación no procede por defectos en la valoración probatoria, razón por la cual las decisiones emitidas bajo el nuevo modelo por la Corte Suprema han quedado fuera de este estudio. La dificultad para acceder a las decisiones de las cortes de apelación, por otro lado, ha obligado a hacer lo propio con éstas.

<sup>134</sup> SAN MARTIN CASTRO, César. Op. cit, p. 751. ROSAS YATACO, Jorge. *Prueba indiciaria: doctrina y jurisprudencia penal*. En: Anuario de Derecho Penal 2004. La reforma del Proceso Penal. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, pags. 296 y 302.

Un ejemplo de esta forma de fundamentar la culpabilidad de los imputados, sin establecer un razonamiento inferencial sólido, puede apreciarse en la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 1538-2011-Puno, emitida por la Sala Penal Transitoria, que en su parte medular indica lo siguiente:

*Cuarto: Que, en este sentido, del análisis de la sentencia recurrida se advierte que la calificación jurídica es legalmente correcta, y el juicio de responsabilidad se justifica lógica y racionalmente, por cuanto el contrato número cero diez - cero uno -MDA-A, del doce de enero de dos mil uno, de fojas diez, acredita que la empresa proveedora Industrias Alimentaria CERPROT Andino Sociedad de Responsabilidad Limitada, se comprometió a proveer de insumos -hojuela de cebada- a la Municipalidad Distrital de Asillo para el Programa del Vaso de Leche, por el total de treinta y cinco mil noventa y seis nuevos soles, habiéndose establecido como plazo improrrogable para la entrega, del producto al den [cien] por ciento, el veintiséis de febrero de dos mil uno; sin embargo, pese a que la empresa proveedora no cumplió con entregar los insumos para el Programa Vaso de Leche en la fecha acordada, conforme las Cartas Notariales de fojas diecinueve y veinte, el encausado Macedo Quispe autorizó el pago a la empresa aludida y giró los cheques que obran a fojas quince y dieciséis por la suma de diecisiete mil quinientos cuarenta y ocho coda uno, lo que evidencia un acto de concertación ilegal con el representante legal de la referida empresa, Felipe Félix Carreón Mamani. **Quinto:** Que, siendo así, se tiene que en autos obran elementos de pruebas suficientes que evidencian actos de concertación y la responsabilidad penal del procesado Macedo Quispe, tales como: **i)** el Contrato número cero diez - cero uno -MDA-A de fecha doce de enero de dos mil uno de fojas diez; **ii)** el Acta de Asamblea Ordinaria del Programa Vaso de Leche - PVL, del diecisiete de febrero de dos mil uno, obrante a fojas veintidós del cual se desprende que reunidos los Regidores Pedro Ccallo Mayta, y Lidia Madly Fernández Yanqui, acordaron enviar una carta notarial al representante de la empresa proveedora Industrias Alimentarias CERPROT Andino Sociedad de Responsabilidad Limitada, Felipe Félix Carreón Mamani, para que devuelva al Programa del Vaso de Leche el total del dinero pagado, correspondientes a los meses de enero y febrero de dos mil uno; **iii)** el Acta de Reunión de autoridades y dirigentes del Distrito de Asillo, del dieciocho de febrero de dos mil uno, obrante a fojas veinticinco, advirtiéndose que se reunieron el Teniente Alcalde David Pilco Chijcheapaza, la Regidora Madly Fernández Yanqui, el gobernador Elor Macedo Garnica, Regidor Pedro Ccallo Mayta, Regidor Daniel Condori Bustinza, Sub Oficial de la Policía Nacional Julio Quispe y el Juez de Paz de Primera Nominación, Gabriel Mamani Bellido, así como diversos pobladores, quienes verificaron que no se encontraban los productos o insumos del Vaso de Leche en los depósitos de la Municipalidad de Asillo, correspondiente a los meses de enero y febrero de dos mil uno; y iv) el Documento de Transacción Extrajudicial, del cinco de marzo de dos mil uno, a fojas cincuenta y uno, que suscriben Felipe Félix Carreón Mamani, representante de la empresa proveedora Industrias Alimentarias CERPROT Andino y el Alcalde Distrital de la Municipalidad de Asillo Macedo Quispe, donde con la aludida transacción, dejan entrever el acuerdo colusorio entre el ex Alcalde con el citado proveedor, dado que lejos de cumplir con las cláusulas del convenio haciendo ingresar los caudales del*



*Programa Social del Vaso de Leche a los almacenes de la Municipalidad Distrital de Asillo, con el respectivo documento "orden de compra - guía de internamiento" reemplazaron este proceso por el referido documento de Transacción, conforme se dejó establecido en el Informe Pericial Contable de fojas setecientos cuarenta.*  
**Sexto:** *Que, es de precisar que la pericia grafotécnica, a la que se hace referencia en el recurso impugnatorio fue presentada de parte, por lo que no cumple los requisitos señalados en los artículos ciento sesenta y ciento sesenta y siete del Código de Procedimientos Penales*<sup>135</sup> (destacado añadido)

Como puede apreciarse, el razonamiento probatorio usado para condenar reposa fundamentalmente en el hecho de que el imputado Macedo Quispe autorizó el pago a la empresa encargada de proveer los insumos para el programa del vaso de leche a pesar de que esta no había cumplido todavía con entregar la totalidad de bienes a los que se había comprometido. Posteriormente, en el considerando quinto, la Corte detalla las evidencias concretas que, a su juicio, denotan que este hecho no fue casualidad ni producto de un error, sino que obedeció a la ejecución de un acuerdo colusorio previo.

Sin embargo, al hacer este análisis evidencia por evidencia puede notarse que la Corte solo extrae la información de cada medio probatorio por separado, sin construir un razonamiento inferencial único que permita transitar de ellas hacia el acuerdo colusorio, ni hacer descartes de otras hipótesis no delictivas que pudiesen explicar los hechos indicadores.

La Corte deja en claro que la evidencia demuestra que el postor cobró la totalidad del monto, sin haber cumplido con la totalidad de su prestación. Los medios probatorios empleados para acreditar este punto son: el contrato (que prueba las obligaciones a las que se habían comprometido ambas partes), el acta de asamblea ordinaria del programa vaso de leche (que prueba que 2 regidores decidieron enviar una carta notarial a la empresa, probablemente, debido a que había incumplido su obligación contractual), el acta de reunión de dirigentes y pobladores del distrito de Asillo (que acredita que se revisaron los almacenes del municipio en busca de los insumos que debía proveer la empresa y se corroboró que estos no habían sido entregados), y un documento que da cuenta de una transacción extrajudicial sobre el cual no se dice gran cosa, pero en el que

---

<sup>135</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 1538-2011-Puno, emitida por la Sala Penal Transitoria el 4 de noviembre del 2011, considerandos cuarto, quinto y sexto. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).



aparentemente el alcalde permitía que se dejen de lado ciertas obligaciones que estaban estipuladas en el contrato original.

Si bien nadie dice que el hecho de permitir que un proveedor cobre la totalidad de sus honorarios cuando no ha cumplido con sus obligaciones contractuales no sea un indicio de colusión, lo cierto es que aquí la Corte falla claramente en explicar correctamente la inferencia que le permite llegar desde ese acto irregular hasta el acuerdo colusorio. Y falla porque, aparentemente, confunde el indicio principal del caso –que es el pago irregular– con la conducta que debe acreditarse para probar la colusión.

El delito de colusión no consiste en hacer pagos irregulares a los proveedores, sino en coludirse con estos. Por lo tanto, lo que la prueba indiciaria le exige al órgano jurisdiccional en un caso de este tipo es analizar detenidamente el contexto y las posibles explicaciones en las que se produjo este pago irregular, para ver si éstas admiten como mínimo una duda razonable acerca de si el mismo fue producto de un error, un malentendido, o eventualmente de una situación de necesidad. Es recién cuando estas posibles explicaciones han sido descartadas que el razonamiento inferencial que señala que ese hecho solo se explica como ejecución de un acuerdo colusorio adquiere la fuerza suficiente para superar la presunción de inocencia.

Si esto es así, debe aceptarse que la valoración probatoria glosada está algo lejos de ese objetivo. La Corte hace un buen trabajo listando la evidencia de cargo, pero yerra al momento de fundamentar por qué, si lo que existe es evidencia de un pago irregular, debe procederse a confirmar una condena por colusión.

Para conseguir esto último, la Corte debió haber explicado, por ejemplo, el contenido de la transacción extrajudicial a la que se alude, y cómo es que sirve para fortalecer la idea de que el pago irregular no fue un error, sino parte de un acuerdo colusorio anterior. En principio, las transacciones extrajudiciales se realizan entre partes que se hacen concesiones recíprocas porque reconocen que, de ese modo, pueden llegar a un resultado más conveniente. Un punto clave a destacar aquí hubiese sido entonces qué fue lo que recibió la Municipalidad de Tambillo por medio de dicha transacción, a cambio de aceptar que no se cumpliesen todas las cláusulas del contrato, si es que recibió algo.

Además, si la transacción extrajudicial es un elemento clave en el razonamiento probatorio de cargo, la Corte debió haberse tomado el trabajo de explicar mejor por qué esta sí resulta atribuible al imputado a pesar de que éste negaba haberla suscrito y había presentado una pericia grafotécnica que acreditaba que la firma del documento era apócrifa y falsa<sup>136</sup>, lo cual hubiese servido como contra indicio y sin duda hubiese restado mérito a la prueba indiciaria.

Sorprendentemente, todo lo que dice la Corte respecto de este importante punto controvertido es que como la pericia era de parte, “no cumple los requisitos del artículo ciento sesenta y cinco del Código de Procedimientos Penales”. Sin embargo, estos artículos no señalan en ninguna parte que las pericias de parte sean inidóneas para refutar la evidencia de cargo<sup>137</sup>.

La Corte, por último, debió además señalar si el imputado había pretendido justificar el pago irregular en sus descargos y, sobre todo, por qué su justificación no resultaba creíble en absoluto, en especial debido a que éste alegaba haber actuado “de buena fe”. La Corte tendría que haber explicado a que se refería con eso y por qué no podía haber buena fe en el caso concreto.

Lo anterior, por otro lado, no significa necesariamente que el imputado no cometió el delito que se le atribuye, o que no existieran pruebas en el caso concreto para acreditarlo -no se sabe qué era lo que decía la transacción extrajudicial, ni si la pericia grafotécnica era realmente convincente o no-. Pero lo que estas deficiencias sí ponen de manifiesto, más bien, es que la doctrina de la prueba indiciaria no fue utilizada de modo apropiado y

---

<sup>136</sup> Ibidem, considerando primero.

<sup>137</sup> **Artículo 160° del C. de P.P.-** El juez instructor nombrará peritos, cuando en la instrucción sea necesario conocer o apreciar algún hecho importante que requiera conocimientos especiales. Este nombramiento se comunicará al inculcado, al Ministerio Público y a la parte civil.

**Artículo 167° del C. de P.P.-** Los peritos entregarán, personalmente, sus dictámenes al juez instructor, quien, en ese mismo acto, les tomará juramento o promesa de decir la verdad y los examinará como si fuesen testigos, preguntándoles si ellos son autores del dictamen que presentan, si han procedido imparcialmente en el examen y en la información que suscriben, y todas las circunstancias que juzgue necesario aclarar y que se deriven ya de los hechos que se conocen por la instrucción ya de los que resulten de los dictámenes. Si hubiera contradicción en los dictámenes, el juez abrirá un debate, en que cada uno de los peritos exponga los motivos que tiene para opinar como lo hace, debiendo el juez exigirles que redacten, en síntesis, los argumentos expuestos. Los peritos no pueden negarse a dar las explicaciones que el juez les pida. Deberán llevarse a esta diligencia las personas o cosas materia del dictamen pericial, siempre que sea posible.

por ende, que la valoración probatoria expresada en la Ejecutoria no puede resultar técnicamente persuasiva.

Un pago irregular por sí solo no prueba un caso de colusión mediante prueba indiciaria. Para llegar desde él hasta el acuerdo colusorio, es indispensable explicar por qué no era razonable pagarle al privado en ese contexto, y por qué la única explicación plausible para entender por qué se pagó a pesar del incumplimiento, es la existencia de un acuerdo colusorio previo. ¿Por qué no cabe pensar que el pago se hizo de buena fe? ¿Cuáles eran los plazos previstos para el pago del contrato y la entrega de los productos? ¿Por qué la pericia que indica que el imputado no firmó el contrato no causa convicción? Todas estas interrogantes quedan en el aire.

Otro ejemplo que demuestra la existencia de este problema, incluso en los casos en los que la Corte tiene buena evidencia indiciaria para condenar, puede apreciarse en la Ejecutoria recaída en el R.N 2475-2012-La Libertad, emitida por la Sala Penal Permanente<sup>138</sup>, en la que se señala lo siguiente:

*“SÉPTIMO: Que, de la evaluación de los actuados se advierte que la sentencia condenatoria se encuentra arreglada a ley, pues las imputaciones formuladas por el Fiscal Superior, respecto de los Edilberto Méndez Boado, Pedro Nolasco Ascate Francisco Esteban Ramírez Pérez. como autores y de Pedro Ricardo García Espino como cómplice del delito contra la Administración Pública en la modalidad de Colusión, en agravio del Estado -Municipalidad Distrital de Cachicadán - La Libertad, han sido suficientemente acreditadas durante el proceso, ya que se determinó con elementos de prueba las concertaciones dolosas, intencionales, confabulatorias, fraudulentas que pongan así de manifiesto la abierta y decidida voluntad de apartarse y quebrantar los roles de defensa de los intereses del Estado, entre los encausados, funcionarios de la Municipalidad Provincial de Cachicadán con el representante legal de la empresa -ENBERBAN Contratistas Generales S.A.-; con la finalidad de favorecerle en la adjudicación directa para realizar la construcción de la obra “Piscina Térmica 1 Etapa del Centro Recreacional Turístico de Cachicadán”, ya que está probado que el encausado García Espino cobró la suma de cinco mil nuevos soles -ver fojas ciento veintiuno y ciento veinticuatro- por la elaboración del expediente técnico de la citada obra, así como también está acreditado que dicha persona es el apoderado legal de la empresa mencionada -ver folios cien-, a la cual se le otorgó la adjudicación directa N° 001 - 99 -MDC, realizado el veinticuatro de setiembre de mil novecientos noventa y nueve -ver folios setenta y*

---

<sup>138</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 2475-2012-La Libertad, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 29 de mayo del 2013, considerandos séptimo, octavo y noveno. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

tres-. OCTAVO: También se corroboró que cuando se rescindió el contrato a la empresa ENBERBAN, no se le exigió el pago de la diferencia existente S/. 4,584.92 (cuatro mil quinientos ochenta y cuatro nuevos soles con noventa y dos céntimos) entre la suma recibida (S/. 25.000.00) (veinticinco mil nuevos soles) y la valorización de la obra S/. 20,415.08 (veinte mil cuatrocientos quince nuevos soles con ocho céntimos). Por otro lado, cuando se convocó a la empresa que quedó en segundo lugar en el proceso de selección, esto es, la empresa José Castro Malabrigo -Servicios Generales de Arquitectura e Ingeniería- se comprometió en terminar la obra en su totalidad, por el monto ascendente de S/. 128.824.00 (ciento veintiocho mil ochocientos veinticuatro nuevos soles), precisando que dicha empresa renunció algún pago adicional, quedando solamente el precio fijado inicialmente -ver folios ciento treinta y cinco; no obstante ello, se le pagó una suma mayor conforme se acredita con la pericia contable -ver folios dos mil ciento sesenta y tres- ratificado a nivel de juicio oral -ver folios dos mil quinientos catorce- sin que exista documento alguno que autorice la ejecución de los supuestos adicionales por parte de la inicialmente fijado en S/. 149,239.49 (ciento cuarenta y nueve mil doscientos treinta y nueve mil con cuarenta y nueve céntimos) para ser elevado a S/. 182,977.11 (ciento ochenta y dos mil novecientos setenta y siete nuevos soles con once céntimos), siendo la diferencia de S/. 33,737.62 en detrimento de la institución agraviada, que sumados a los S/. 14,923.95 (catorce mil novecientos veintitrés nuevos soles con noventa y cinco céntimos) que representa la penalidad por incumplimiento de contrato, no aplicada a la empresa Constructora Enberban Contratistas Generales S.A. y los S/. 4,584.92 (cuatro mil quinientos ochenta y cuatro nuevos soles con noventa y dos céntimos) que la citada empresa adeuda en relación al adelanto que se efectuó, hacen un total de S/. 53,246.49 (cincuenta y tres mil doscientos cuarenta y seis nuevos soles con cuarenta y nueve soles) de perjuicio económico, siendo que los contratistas solo ejecutaron la cantidad de S/. 85,190.38 (ochenta y cinco mil ciento noventa nuevos soles con treinta y ocho céntimos). NOVENO: Máxime, que por acuerdo del Concejo Municipal (ver folios doscientos cincuenta) los comprobantes de pago por un total de /. 97,785.73 (noventa y siete mil setecientos ochenta y cinco nuevos soles con setenta y tres céntimos) que se encontraban a nombre del referido contratista, fue utilizado para regularizar dicha suma la cual se encontraba pendiente de rendición y contabilización de los estados financieros en el año dos mil. (destacado añadido)

El fragmento anterior vuelve a poner de manifiesto cómo la Corte confunde la operación de listar las evidencias de cargo con la de describir el razonamiento inferencial que permite pasar de los hechos indicadores a los hechos indicados. *Grosso modo*, la decisión transcrita se centra en que: i) el sujeto al que se le adjudicó la buena pro para la formulación del expediente técnico de la obra “piscina térmica 1 etapa del centro recreacional turístico Cachicadán”, era al mismo tiempo, representante legal de la empresa ENBERBAN, que obtuvo la buena pro para la ejecución de la obra que debía realizarse siguiendo lo establecido en dicho expediente ii) cuando se rescinde contrato con esta empresa, no se le exige pagar la diferencia entre la suma recibida y la



valorización de la obra y iii) no se le aplica la penalidad de 14,923 soles que le correspondía.

Las tres evidencias listadas son excelentes indicios de colusión, *pero no constituyen la colusión por sí mismas*. Contratar, para ejecutar una obra, a la empresa del sujeto que elaboró el expediente técnico para la realización de la misma es altamente sugestivo y constituye un claro conflicto de intereses por parte del privado, ya que en el expediente técnico se establecen las características de la obra y del contratista que deberá ejecutarla. Hasta ahí existe una infracción administrativa cometida por los funcionarios que incurrieron en esa irregularidad.

No obstante, la Corte aún tiene que cerciorarse de que el acto se haya llevado a cabo deliberadamente lo cual, aunque parezca obvio, podría no serlo en realidad. El imputado podría no haber sido el único representante de la empresa, ni el encargado de realizar las gestiones ante la entidad, lo que significa que hay cierta posibilidad de que los funcionarios no hayan sabido de su condición.

De hecho, en el caso, este alegaba que no era realmente representante de la empresa que fue elegida para ejecutar la obra posteriormente, ya que el contrato de ejecución de la misma había sido firmado por otro ingeniero y que la propuesta técnica cursada a la entidad en donde él figuraba como representante era falsa<sup>139</sup>. La Corte, nuevamente, no dice nada acerca de este cuestionamiento, ni sobre por qué no resulta un contra indicio convincente. Al permanecer en silencio, perdió también la oportunidad de construir una inferencia más solvente.

Queda, sin embargo, la cuestión de la no devolución de la diferencia entre la suma recibida y la valorización de la obra por parte de la empresa del imputado (ENBERBAN), así como la no aplicación de la penalidad respectiva. Pero también aquí quedaron contra indicios alegados por los imputados sin responder por la Corte. Estos señalaron que el dinero con el que se había pagado la construcción de la piscina térmica no era dinero

---

<sup>139</sup> Ibidem, considerando segundo.



público, apoyándose en el hecho de que la pericia oficial de la CGR así lo había determinado<sup>140</sup>.

Al momento de contestar este contra indicio, la Corte se limitó a decir que el dinero utilizado para realizar la segunda operación cuestionada en el caso por colusión -esto es, la compra de una camioneta- era público porque pertenecía al Fondo de Compensación Municipal, sin decir nada acerca de la proveniencia del dinero que se pagó para construir la piscina térmica<sup>141</sup>.

Si el dinero con el que se pagó no tuviera procedencia pública para efectos del derecho penal, habría que revisar si el contexto requerido por el tipo (una operación económica llevada a cabo por el Estado) realmente se verificaba en el caso concreto. Si una entidad pública dispone de fondos privados con el fin de realizar alguna compra (obtenida, por ejemplo, mediante una colecta entre sus trabajadores a la que éstos aportan voluntariamente), es claro que esa compra no tiene por qué realizarse en condiciones que permitan seleccionar objetivamente al mejor postor. Estas condiciones solo son obligatorias cuando se dispone de fondos públicos, por razones obvias.

Por ende, sí era una cuestión relevante determinar si el informe de la CGR realmente decía que los fondos con los que se realizaron las obras no eran públicos, y si estaba en lo correcto o no. Pese a esto, la Corte no ahondó en este punto.

La no aplicación de la penalidad es también una evidencia de relevancia, pero para explotar su potencial hay que poner de manifiesto cómo es que su aplicación era inevitable y a pesar de eso no se llevó a cabo. Señalar cuál era la cláusula contractual que contenía la penalidad, y si es que los imputados ofrecieron alguna defensa para justificar su inaplicación, o si no ofrecieron ninguna. Si ofrecieron alguna, refutarla explicando por qué no resultaba convincente y por qué ellos debieron haber sabido que la penalidad tenía que aplicarse de todos modos.

Debe recordarse aquí lo dicho previamente con respecto a las condiciones de validez de la prueba indiciaria: su capacidad para generar certeza probatoria solo se alcanza cuando

---

<sup>140</sup> Ibidem, considerando primero.

<sup>141</sup> Ibidem, considerando décimo primero.

se demuestra que todas las otras posibilidades alternativas resultan inverosímiles para explicar el indicio o, lo que es lo mismo, que no hay contra indicios que puedan poner en cuestión seriamente la plausibilidad y verosimilitud de la inferencia planteada<sup>142</sup>.

En resumen, se trata de un caso en donde la Corte, a pesar de tener buenos indicios, no profundiza suficientemente en ellos ni los blindo de los contra indicios alegados por las partes, para permitirles desplegar toda su fuerza probatoria al construir el razonamiento inferencial que permite probar el hecho indicado.

Un tercer caso, que puede servir como ejemplo para demostrar la existencia de este problema, puede apreciarse en la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 3482-2007-Puno, que indica lo siguiente:

*Tercero: Que, en cuanto al extremo condenatorio, respecto al que ha impugnado el recurrente Luís Beltrán Ticona Condori, de lo actuado en la etapa prejurisdiccional, de la instrucción y en el contradictorio oral se determina con claridad y suficiencia, que ha quedado demostrada la materialidad del delito de colusión desleal, previsto y penado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, modificado por Ley veintiséis mil setecientos trece; y la responsabilidad penal del encausado, por lo siguiente: a) por el Informe de fecha trece de febrero de dos mil cuatro, referente a la adquisición de herramientas agrícolas, (suscrito por el Gerente de Auditoría Interna de PRONAMACHS, conforme se aprecia fojas uno) en el que se señala textualmente "que los hechos expuestos en el informe permite evidenciar que los encausados integrantes del Comité Especial de Adquisiciones son presuntos responsables de la comisión del delito de colusión"; b) el Peritaje Contable que concluye "que la comisión de adquisiciones no ha cumplido con las condiciones mínimas exigidas por la Ley (...) transgrediendo lo previsto en el Reglamento de la Ley de Adquisiciones y contrataciones del Estado" señalando además que "se ha otorgado la buena pro a la empresa que ha ofertado precios más altos, con lo que se podría demostrar que la Comisión ha favorecido a la empresa WENSA (...) ocasionando un perjuicio económico de cinco mil novecientos treinta y ocho mil nuevos soles con setenta y ocho céntimos por la adquisición de herramientas" (conforme se aprecia a fojas novecientos diez, debidamente ratificado a fojas novecientos dieciséis); y c) que de lo actuado se colige que el encausado Luís Beltrán Ticona Condori, tenía conocimiento que en su accionar en razón de su cargo (miembro de Comité Especial de Adquisiciones del PRONAMACHS, Especialista de Forestación y Conservación de suelos) haber defraudado al organismo del Estado concertándose con la empresa ganadora de la buena pro, máxime si en contradictorio oral señaló que era incorrecto lo que estaba haciendo y tenía la*

---

<sup>142</sup> MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Op. cit, p.231.

*obligación de cautelar los intereses del Estado (conforme se aprecia a fojas mil cuatrocientos setenta y nueve)<sup>143</sup>.*

En este fragmento de la Ejecutoria se percibe nuevamente cómo es que la Corte confunde el acto de listar los medios de prueba de cargo con el acto de señalar los indicios que se tiene, desarrollar una inferencia razonable basada en una máxima de la experiencia o regla similar eliminando las alternativas no incriminatorias, y llegar de esa forma a acreditar el hecho indicado.

De los medios de prueba listados por la Corte se sabe que: i) el informe de auditoría interna preparado por la entidad señala al imputado como presunto responsable del delito de colusión (no se explica cuáles son los fundamentos del informe), ii) el peritaje contable señala que se cometieron una serie de irregularidades administrativas, incluyendo la adjudicación de la buena pro a la empresa que ofertaba los precios más altos (no se señala cuáles son esas otras irregularidades cometidas, ni por qué) iii) el imputado dijo en juicio oral que “era incorrecto lo que estaba haciendo” y que reconocía tener la obligación de cautelar los intereses del Estado (no se señala a qué pregunta fue que respondió en esos términos, ni cuál era el contexto de la misma).

En este caso, el acuerdo colusorio se expresó, de acuerdo a la teoría acogida por la Corte, en la asignación de un puntaje en la evaluación técnica y calificación que no le correspondía al postor debido a que ofrecía precios superiores a los demás. Se trataba, en consecuencia, de un caso tipo 4. Para que el razonamiento probatorio desde la prueba indiciaria sea sólido en un caso de este tipo, se necesita que quede claro que la entidad no tenía ninguna explicación técnica capaz de justificar la asignación de puntaje que favoreció al postor con el que se alega que se coludió, y no solo que la asignación no era coherente con uno de los criterios más básicos para calificar, como puede ser el precio.

De manera adicional, aunque no es una condición para la existencia de un razonamiento probatorio fuerte en los casos de este tipo, el razonamiento será más potente si, además de lo anterior, se encuentra evidencia de que la entidad pública recibió bienes o servicios

---

<sup>143</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 3482-2007-Puno emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 17 de octubre del 2008, considerando tercero. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

que no cumplían con las especificaciones de las bases o los requerimientos, o de que se realizaron pagos irregulares al postor.

En el caso transcrito no queda claro si realmente no existía ninguna explicación técnica para asignarle el puntaje que se le asignó al particular imputado. La Corte solo nos dice las conclusiones del peritaje contable y del informe de auditoría interna, sin explicar cómo es que éstas se obtuvieron.

Tampoco se entiende por qué se le da tanto valor a que el imputado haya reconocido en juicio oral que lo que estaba haciendo era incorrecto, si ni siquiera se especifica si éste reconoció expresamente que se había coludido con el postor privado o simplemente reconoció un actuar negligente (pudo estarse refiriendo, por ejemplo, a que estuvo mal no ser más diligente y minucioso en la asignación de puntaje, sin admitir que le otorgó la buena pro a la oferta que sabía que ofrecía las peores condiciones), en cuyo caso lo dicho no sería concluyente de una colusión.

Nuevamente, parece ser que la Corte confunde el indicio principal (“asignar injustificadamente a un postor un puntaje que lo favorece) con la conducta típica que debe probarse (el acuerdo colusorio) para justificar una condena. Solo así se explica que sus esfuerzos se queden tan cortos al momento de explotar las evidencias que tiene y, sobre todo, contrastarlas con las de descargo para medir su rendimiento real.

Finalmente, un último ejemplo de esta deficiencia en el empleo de la prueba indiciaria puede apreciarse en la Ejecutoria recaída en el R.N N° 1621-2012-San Martín, en la que se señala en la parte pertinente lo siguiente:

*“9.1 La responsabilidad penal de los encausados por los delitos de colusión desleal y peculado, se encuentra acreditado principalmente con las conclusiones del Informe Especial de Contraloría General de la República, de fojas uno y siguientes, ratificadas durante la instrucción y juzgamiento, así como del dictamen pericial contable de fojas tres mil nueve, tres mil doscientos dos, ampliado a fojas cuatro mil ciento cuarenta y ocho, que dan cuenta de las irregularidades existentes en el proceso de licitación para el otorgamiento de la buena pro, que favoreció directamente a las empresas TELEFON S. R. L. y SOLINC S. A. C. Comunicaciones a quienes beneficiaron con las contrataciones directas*

*9.2 En efecto respecto a la contratación de la empresa TELEFON para la instalación del sistema de telefonía fija rural inalámbrica, valorizada en 220 37*



6,00 nuevos soles, la pericia contable y la ratificación del perito Oscar Antonio Pineda Morales -véase sesión de audiencia de fojas cuatro mil ciento uno- concluyen que se prestó el servicio pero hubo irregularidad en el proceso de licitación, pues se favoreció directamente a la empresa contratista, no se cumplió con el procedimiento establecido en el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del E o y, además, se pagó en forma fraccionada -a través de ocho comprobantes- lo que contraviene la Ley, por lo que el monto invertido contablemente no constituye un pago válido. En este hecho delictuoso se encuentran comprendidos los encausados Kennedy García Pinchi, Carlos Manuel Grandez Armas, Palermo Vela Ríos -miembros del Comité Especial-, Elva Paredes Tonante -tesorera- y Jhonny Vigil Grandez -Director Municipal-.

9.3. Que si bien el perito contable afirmó que la empresa beneficiada cumplió con el servicio, al existir irregularidades en el sistema de pago -pues no se pagó en una sola armada, como lo establece la norma, sino a través de pagos fraccionados-, no se contabilizaron los pagos efectuados en forma fraccionada a través de los comprobantes de pago por las sumas de 40 000, 40 000, 23 000, 23 000, 30 000, 22 000, 22 000 y 20 000.

9.4. Respecto a la existencia de un comprobante de pago a nombre de Regner Saavedra Saavedra, por la suma de 8 000 nuevos soles, se advierte que el cheque estuvo a nombre de Palermo Vela Ríos, quien lo cobró, pero ninguno de los dos ha justificado ni sustentando la emisión y el cobro de la citada cantidad de dinero.

(...)

(...)

9.6. En relación a las imputaciones formuladas por delito de falsedad ideológica, previsto en el artículo cuatrocientos veintiocho del Código Penal, durante el proceso se acreditó que los encausados, a efectos de apropiarse de los caudales de la entidad municipal, insertaron información falsa en diversos comprobantes de pago, con los cuales pretendieron justificar el gasto del dinero y han cobrado los cheques detallados en el dictamen pericial; sin embargo, en algunos casos se trata de sumas de dinero que aparecen como faltantes y que no han sido justificadas. Por tanto, existe una conducta adicional -en concurso real y no ideal, como señaló el Colegiado Superior- que configura el delito de falsedad ideológica, como bien lo estableció el Fiscal Superior en su acusación escrita<sup>144</sup>”.(destacado añadido)

Las evidencias citadas son: i) un Informe de la CGR, según el cual la empresa Telefon S.R.L se benefició de ciertas irregularidades cometidas en el proceso de licitación en el que se le otorgó la buena pro para instalar un sistema de telefonía rural inalámbrica, ii) una pericia contable y su ratificación, de acuerdo a la cual hubo irregularidades en dicho proceso de contratación porque no se cumplió con el procedimiento previsto en la LCAE y no se pagó en forma fraccionada mediante ocho comprobantes, lo cual generó que el monto invertido no pudiera ser considerado un pago válido y, iii) ciertos comprobantes

<sup>144</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 1621-2012-San Martín, emitida por la Sala Penal Transitoria el 3 de abril del 2013, considerandos 9.2 al 9.4 y 9.6. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).



de pago en los que se introdujo información falsa para justificar el gasto del dinero y el cobro de los cheques.

Una vez más, se aprecia cómo es que no se realiza claramente la inferencia para pasar desde los indicios probados hasta el hecho indicado. Ni siquiera se detalla cuáles son las irregularidades encontradas por la pericia y el informe de la CGR ni por qué las mismas sugieren un caso de colusión y no uno de simples infracciones administrativas, por incumplir la normativa que regula los procesos de contratación pública.

Tampoco se explica por qué el pago fraccionado es indiciario de colusión más allá de estar prohibido por la Ley. Asimismo, la inserción de información falsa en los comprobantes de pago para acceder al dinero y al cobro de los cheques es reveladora, pero para tener carga indiciaria respecto del delito de colusión debería comenzar por explicarse por qué la misma guarda relación con la empresa Telefun, o de qué manera los representantes de esta se vieron favorecidos por la maniobra.

Sobre este punto, la acusación señalaba que el pago por los servicios prestados se hizo al encargado de ejecución de la obra y no al representante legal de esta empresa, a pesar de que la obra no había sido concluida. Pero, nuevamente, para que el pago irregular sea indiciario de colusión, debe quedar claro que se hizo de forma deliberada, con lo cual cobra interés profundizar sobre cuál fue la falsedad detectada.

Del mismo modo, la parte considerativa no explica por qué el hecho de pagar al ejecutor de la obra y no al representante legal de la empresa sugiere un acuerdo colusorio previo y no una mera irregularidad. Siendo esto así, ni siquiera está muy claro que concurra, en el caso concreto, un pago irregular respecto de esta empresa, con lo cual, con mayor razón, tampoco puede extraerse claramente la inferencia respectiva. Al igual que en los casos anteriores<sup>145</sup>, la Corte parece satisfacer su razonamiento probatorio poniendo de

---

<sup>145</sup> Además de los ya mencionados, puede citarse como ejemplo de casos en los que aparece este déficit argumentativo el resuelto por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema mediante la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N Nº 1829-2012-Cajamarca, del 24 de abril del 2013. En esta decisión, luego de listar los indicios de cargo la Corte se limita a decir: “*En consecuencia, de todo lo antes acotado se infiera la concertación defraudatoria previa, así como el hecho de que fue el recurrente quien aprovechando su condición de alcalde, dispuso la contratación de Cachay Marin (...)*”. (considerando cuarto).

manifiesto elementos que pueden ser considerados indicios de colusión –las infracciones administrativas-, pero esta vez sin siquiera describir cuál es su contenido concreto.

### 2.3.3 La gran mayoría de funcionarios que obtienen fallos en su contra son de rango medio o bajo

Otra cuestión problemática tiene que ver con los imputados y las entidades involucradas en los casos en los que se obtiene una decisión favorable a la pretensión punitiva. La siguiente tabla contiene todos los casos de confirmación de condenas o anulación de absoluciones en los que los imputados fueron alcaldes provinciales, distritales, funcionarios de menor rango al interior de alguna municipalidad provincial o distrital (por ejemplo el gerente de logística, el director de asesoría legal, etc.), o los *extraneus* que contrataron con éstas.

<b>Cantidad</b>	<b>Recurso de Nulidad</b>	<b>Sala de la Corte Suprema</b>	<b>Imputado(s)</b>
1	556-2007-Ancash	Sala Penal Permanente	Alcalde de la Municipalidad Provincial de Recuay
2	638-2007-Ancash	Sala Penal Permanente	Alcalde de la Municipalidad Provincial de Carlos Fermin Fitzcarraldo
3	5224-2006-Junin	Sala Penal Permanente	Municipalidad Provincial de Huancayo
4	18-2008-Huancavelica	Segunda Sala Penal Transitoria	Alcalde y regidores del Municipio Distrital de Cuenca
5	3312-206-Arequipa	Sala Penal Permanente	Alcalde de Islay
6	4741-2006-Cusco	Segunda Sala Penal Transitoria	Alcalde y otros funcionarios de la Municipalidad Provincial de Acomayo
7	1702-2007-Piura	Segunda Sala Penal Transitoria	Alcalde de la Municipalidad Provincial de Tamarindo
8	1934-2007-Arequipa	Sala Penal Permanente	Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Cayma
9	2767-2008-Loreto	Sala Penal Permanente	Alcalde y otros funcionarios de la Municipalidad Distrital de Trompeteros
10	3307-2008-Loreto	Sala Penal Permanente	Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Contamana
11	109-2009-Santa	Sala Penal Permanente	Funcionarios de la Municipalidad Provincial de Casma
12	246-2008-Callao	Sala Penal Permanente	Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Ventanilla

13	628-2009-Ica	Sala Penal Permanente	Alcalde de la Municipalidad Distrital de Ayavi
14	718-2010-San Martin	Sala Penal Permanente	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Huimbayoc
15	742-2009-La Libertad	Sala Penal Permanente	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Mollepata
16	1247-2009-Apurimac	Sala Penal Transitoria	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Pomacocha
17	1444-2009-La Libertad	Sala Penal Permanente	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad Provincial de Virú
18	1522-2009-Ancash	Sala Penal Permanente	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Ticilos
19	1903-2009-Puno	Sala Penal Permanente	Alcalde y Funcionarios de una Municipalidad de Puno (no se precisa qué localidad)
20	2653-2009-Ica	Sala Penal Permanente	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Sunampe
21	3328-2009-Apurimac	Sala Penal Permanente	Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Aymaraes
22	5227-2008-Cajamarca	Sala Penal Permanente	Alcalde de la Municipalidad Distrital de Chancay Baños
23	263-2010-Piura	Sala Penal Transitoria	Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Sapillaca
24	324-2011-Junin	Sala Penal Transitoria	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Acobama
25	416-2011-Arequipa	Sala Penal Transitoria	Alcaldesa de la Municipalidad de Yarobamba
26	822-2011-Cajamarca	Sala Penal Transitoria	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Chugur
27	891-2010-Ucayali	Sala Penal Transitoria	Alcalde de la Municipalidad de Yarinacocha
28	1231-2010-Amazonas	Sala Penal Transitoria	Alcalde de la Municipalidad de Condorcanqui
29	1538-2011-Puno	Sala Penal Transitoria	Alcalde de la Municipalidad Distrital de Asillo
30	1879-2010-Huanuco	Sala Penal Transitoria	Alcalde de la Municipalidad Distrital de Padre Felipe Luyando-Naranjillo
31	2261-2010-Lima	Sala Penal Transitoria	Alcaldesa y Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Jesus Maria
32	3477-2010-Ica	Sala Penal Transitoria	Alcalde de la Municipalidad Distrital de Sunampe
33	3555-2010-Cusco	Sala Penal Transitoria	Alcalde Municipalidad San Pedro
34	1092-2011-Cajamarca	Sala Penal Transitoria	Alcalde de la Municipalidad Provincial de San Miguel de Cajamarca
35	2644-2011-Arequipa	Sala Penal Transitoria	Funcionarios Municipalidad Provincial de Arequipa
36	102-2013-Junin	Sala Penal Transitoria	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Andamarca

37	167-2012-Tacna	Sala Penal Permanente	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Estique Pampa
38	193-2013-Arequipa	Sala Penal Transitoria	Funcionarios de la Municipalidad de Alto Selva Alegre
39	236-2012-Lima	Sala Penal Transitoria	Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Lince
40	379-2013-Puno	Sala Penal Transitoria	Funcionarios de la Municipalidad Provincial del Collao
41	672-2013-Ica	Sala Penal Transitoria	Funcionarios de la Municipalidad Provincial de Nasca
42	750-2013-San Martin	Sala Penal Transitoria	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Teberos
43	917-2012-San Martin	Sala Penal Permanente	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad Distrital de San Pablo
44	937-2012-Cusco	Sala Penal Transitoria	Alcalde de la Municipalidad Distrital de Echarate
45	1322-2013-Huancavelica	Sala Penal Transitoria	Alcalde de la Municipalidad Distrital de Andabamba
46	1389-2012-Cañete	Sala Penal Transitoria	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Chilca
47	1621-2012-San Martin	Sala Penal Transitoria	Funcionarios de la Municipalidad Provincial de Picota
48	1829-2012-Cajamarca	Sala Penal Transitoria	Alcalde de la Municipalidad Distrital de Baños del Inca
49	1832-2012-La Libertad	Sala Penal Permanente	Funcionarios de la Municipalidad Provincial de Virú
50	1904-2012-Puno	Sala Penal Permanente	Extraneus que contrataron con la Municipalidad Provincial de San Roman
51	2217-2012-Ica	Sala Penal Transitoria	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad de San Andres
52	2227-2012-Cajamarca	Sala Penal Permanente	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Pulan
53	2475-2012-La Libertad	Sala Penal Permanente	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad distrital de Cachicadán
54	2912-2012-Ucayali	Sala Penal Permanente	Alcalde de la Municipalidad Distrital de Campo Verde
55	3044-2012-La Libertad	Sala Penal Transitoria	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad Provincial de Pacasmayo
56	3331-2011-Lima	Sala Penal Transitoria	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Puyusca-Incuyo
57	3502-2012-Ica	Sala Penal Permanente	Funcionarios de la Municipalidad Provincial de Pisco
58	3647-2012-Lambayeque	Sala Penal Transitoria	Funcionarios de la Municipalidad de Chiclayo



59	78-2013-La Libertad	Sala Penal Permanente	Extraneus que contrataron con la Municipalidad Distrital de Mollepata
60	590-2013-Ancash	Sala Penal Transitoria	Alcalde de la Municipalidad Distrital de Mollepata
61	629-2013-Ayacucho	Sala Penal Transitoria	Alcalde de la Municipalidad Distrital de Siria
62	756-2014-Ancash	Sala Penal Permanente	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Tinco
63	1087-2013-Ica	Sala Penal Transitoria	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad de los Aquijes
64	1260-2013-Ancash	Sala Penal Transitoria	Alcalde de la Municipalidad Distrital de Pariacoto
65	1325-2013-Lambayeque	Sala Penal Transitoria	Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Lagunas-Chiclayo
66	1361-2013-Junin	Sala Penal Transitoria	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad Distrital de San José de Queno
67	1637-2013-Lima	Sala Penal Permanente	Funcionarios de la Municipalidad Distrital del Agustino
68	1739-2013-San Martin	Sala Penal Transitoria	Funcionarios de la Municipalidad de Alto Amazonas
69	1793-2013-Apurimac	Sala Penal Transitoria	Funcionarios de la Municipalidad Provincial de Abancay
70	1969-2012-La Libertad	Sala Penal Permanente	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Victor Larco Herrera
71	1995-2013-Apurimac	Sala Pena Transitoria	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad Distrital de San Pedro de Cachora
72	2620-2013-Amazonas	Sala Penal Transitoria	Alcalde de la Municipalidad Distrital de Talca Grande
73	2723-2013-Amazonas	Sala Penal Transitoria	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad de la Peca
74	2926-2013-Arequipa	Sala Penal Transitoria	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado
75	2949-2014-Santa	Sala Penal Transitoria	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Somonco
76	3237-2013-Puno	Sala Penal Transitoria	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Caracoto
77	3332-2013-Arequipa	Sala Penal Transitoria	Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Paurcapata
78	3372-2013-Junin	Sala Penal Transitoria	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad Provincial de Satipo
79	3486-2013-Arequipa	Sala Penal Transitoria	Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Yanahuanca
80	3644-2012-Amazonas	Sala Penal Transitoria	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Chisquilla



81	3876-2012-Amazonas	Sala Penal Permanente	Alcalde de la Municipalidad Distrital de Levanto
82	1647-2013-San Martin	Sala Penal Permanente	Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Balsapuerto
83	2517-2014-Ancash	Sala Penal Permanente	Alcalde de la Municipalidad Distrital de Quinuabamba
84	3064-2013-Junin	Sala Penal Transitoria	Alcalde de la Municipalidad Provincial de Joya
85	3551-2014-Santa	Sala Penal Permanente	Funcionarios de la Municipalidad de Moro
86	1527-2016-Santa	Sala Penal Transitoria	Alcalde de la Municipalidad Distrital de Yautan
87	2675-2016-Santa	Primera Sala Penal Transitoria	Alcalde y Funcionarios de la Municipalidad Provincial de Pollasca
88	2483-2010-Arequipa	Sala Penal Transitoria	Alcalde y funcionarios de la Municipalidad de Yanahuara
89	529-2008-Arequipa	Sala Penal Permanente	Solo se alude a la “entidad edil agraviada”
90	3325-2013-Junin	Sala Penal Transitoria	Alcalde de la Municipalidad Distrital de Pazos
91	5629-2006-Arequipa	Sala Penal Permanente	Alcalde de la Municipalidad Distrital de Chachas
92	144-2004-Junin	Sala Penal Permanente	Funcionarios de la Municipalidad de El Tambo
93	3978-2001-Arequipa	Sala Penal Permanente	Alcalde de la Municipalidad de Mejía
94	2222-2004-Tumbes	Segunda Sala Penal Transitoria	Funcionarios de la Municipalidad provincial de Tumbes
95	2475-2012-La Libertad (caso 2)	Sala Penal Permanente	Funcionarios de la Municipalidad distrital de Cachicadan
96	303-2010-Piura	Sala Penal Transitoria	Funcionarios de la Municipalidad Provincial De Piura
97	756-2014-Ancash	Sala Penal Transitoria	Funcionarios de la Municipalidad Distrital de Tinco
98	1702-2007-Piura	Segunda Sala Penal Transitoria	Alcalde de la Municipalidad Distrital de Tamarindo
99	1444-2009-La Libertad	Sala Penal Permanente	Alcalde y funcionarios de la Municipalidad Provincial de Wo
100	124-2005-Ancash	Segunda Sala Penal Transitoria	Regidores del Municipio Provincial de Huaraz
101	3879-2013-Puno	Sala Penal Transitoria	Funcionarios y alcalde de la Municipalidad Provincial de Lampa
102	672-2013-Ica	Sala Penal Transitoria	Funcionarios de la Municipalidad Provincial de Nasca

103	1194-2009-Piura	Sala Penal Permanente	Funcionarios de la Municipalidad de Castilla
104	3372-2013-Junin	Sala Penal Transitoria	Funcionarios de la Municipalidad Provincial de Satipo
105	1033-2010-Junin	Sala Penal Transitoria	Funcionarios de la Municipalidad Provincial de Tarma
106	3173-2002-Cusco	Segunda Sala Penal Transitoria	Alcalde de la Municipalidad Distrital de Callhuahuacho
107	709-2007-Junin	Segunda Sala Penal Transitoria	Funcionarios de la Municipalidad Distrital de El Tambo
108	576-2009-Amazonas	Sala Penal Permanente	Funcionarios de la Municipalidad de Lonya Grande
109	672-2013-Ica	Sala Penal Transitoria	Funcionarios de la Municipalidad Provincial de Nazca
110	1793-2013-Apurimac	Sala Penal Transitoria	Funcionarios de la Municipalidad Provincial de Abancay

Estos casos representan el 67.8% del total del universo de Ejecutorias de colusión en las que se anula una absolución o se confirma una condena empleado para esta investigación (110 sobre un total de 165). De cada 10 casos de colusión en los que se confirma una condena o se anula una absolución en nuestro sistema, casi 7 corresponden a hechos en los que alguna municipalidad era la agraviada y los imputados eran personas que, o bien tenían cargos públicos en ésta, o bien eran particulares que contrataron con esta.

¿Por qué es tan alta la incidencia de confirmación de condenas y anulación de absoluciones respecto de funcionarios de municipalidades distritales y provinciales? Es difícil responder a esta pregunta sin hacer una investigación más profunda. En principio, no parecen haber razones para creer que la corrupción abunda más en las entidades ediles que en otras entidades públicas peruanas.

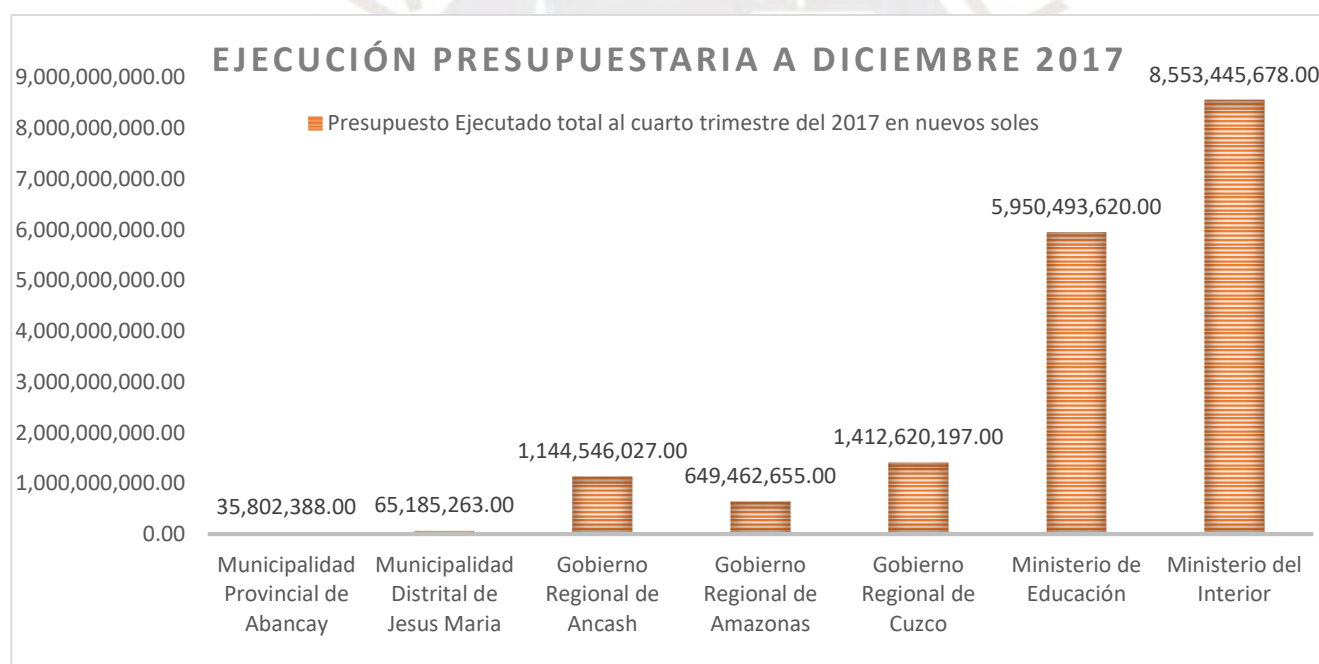
Es más, desde el punto de vista presupuestal las municipalidades provinciales y distritales por lo general no ejecutan más presupuesto que otras entidades como los ministerios o los gobiernos regionales. Tal y como lo señalan las cifras de sus portales de transparencia<sup>146</sup>, los montos presupuestarios ejecutados de varias de las municipalidades

<sup>146</sup> Para el monto correspondiente al Ministerio de Educación, véase: [http://www.transparencia.gob.pe/reportes\\_directos/pte\\_transparencia\\_info\\_finan.aspx?id\\_entidad=133&id\\_tema=19&ver=D#.WicWC0qWbIU](http://www.transparencia.gob.pe/reportes_directos/pte_transparencia_info_finan.aspx?id_entidad=133&id_tema=19&ver=D#.WicWC0qWbIU). Para el correspondiente al Ministerio del Interior, véase: [http://www.transparencia.gob.pe/reportes\\_directos/pte\\_transparencia\\_info\\_finan.aspx?id\\_entidad=132&id\\_tema=19&ver=D#.WicWC0qWbIU](http://www.transparencia.gob.pe/reportes_directos/pte_transparencia_info_finan.aspx?id_entidad=132&id_tema=19&ver=D#.WicWC0qWbIU).

que aparecen en la lista tienden a ser más bien inferiores respecto de aquellos destinados a gobiernos regionales o ministerios.

Por supuesto, los montos que aparecen en el siguiente gráfico no corresponden a los años en los que se produjeron, en las Municipalidades Provinciales y Distritales que aparecen en la lista, los casos de colusión que fueron posteriormente conocidos por la Corte Suprema. A pesar de esta limitación, considero que pueden dar una idea aproximada sobre las diferencias en cuanto a la magnitud de la ejecución presupuestaria entre los diversos tipos de entidades.

Estas diferencias no parecen explicar la proliferación de casos de colusión con evidencia significativa de cargo en las entidades ediles mencionadas, ya que éstas no ejecutan un presupuesto mayor al de otras instituciones estatales, sino más bien lo contrario.



[d\\_tema=19&ver=D#.WicWsEqWbIU](http://www.regioncusco.gob.pe/portal-de-transparencia-estandar-2). Para el correspondiente al Gobierno Regional del Cuzco, véase: <http://www.regioncusco.gob.pe/portal-de-transparencia-estandar-2>. Para el correspondiente al Gobierno Regional de Amazonas, véase: [http://www.regionamazonas.gob.pe/sisadport/portal/index.html#/paginainternaurl/http://~2F~2Fwww.transparencia.gob.pe/~2Fenlaces/~2Fpte\\_transparencia\\_enlaces.aspx%3Fid\\_entidad=11796&id\\_tema=1&ver=D](http://www.regionamazonas.gob.pe/sisadport/portal/index.html#/paginainternaurl/http://~2F~2Fwww.transparencia.gob.pe/~2Fenlaces/~2Fpte_transparencia_enlaces.aspx%3Fid_entidad=11796&id_tema=1&ver=D). Para el correspondiente al Gobierno Regional de Ancash, véase: [http://www.transparencia.gob.pe/reportes\\_directos/pte\\_transparencia\\_info\\_finan.aspx?id\\_entidad=10129&id\\_tema=19&ver=D#.WicbMEqWbIU](http://www.transparencia.gob.pe/reportes_directos/pte_transparencia_info_finan.aspx?id_entidad=10129&id_tema=19&ver=D#.WicbMEqWbIU). Para el correspondiente a la Municipalidad Distrital de Jesús María, véase: <http://www.munijesusmaria.gob.pe/portal-de-transparencia>. Para el correspondiente a la Municipalidad Provincial de Abancay, véase: <http://www.muniabancay.gob.pe/transparencia/portal-de-transparencia.html>. Todos los portales revisados el 5/12/2017.

Posiblemente la respuesta a esta tendencia tenga que ver más con algunos factores ya comentados anteriormente por la Defensoría del Pueblo:

*“Además de haber más de mil ochocientas municipalidades distritales y provinciales, existen otros factores sociales y económicos que podrían explicar su primer lugar en la lista: debilidad de los controles institucionales contra la corrupción sobre todo en provinciales y distritos alejados, menor capacidad de gestión, desconocimiento sobre gestión pública y en algunos casos hasta dificultad para comprender que, por ejemplo, la apropiación de un bien estatal constituye delito. Tal como señalaron algunos fiscales, en zonas rurales pasaría mucho de esto último. Las carencias educativas de las personas que luego ocupan cargos públicos llevarían a algunos de ellos a cometer delitos sin que realmente lo sepan<sup>147</sup>.”*

Cualquiera sea la causa de esta realidad, lo cierto es que tanto por la jerarquía de los funcionarios involucrados como por la cantidad de presupuesto manejado –el cual se traduce a su vez en el asignado a operaciones económicas concretas–, los casos de colusión producidos a nivel de municipalidades provinciales y distritales tienen más bien un perfil bajo. Los casos más severos de corrupción difícilmente puedan encontrarse en los procesos llevados a cabo a este nivel.

#### **2.3.4 Las decisiones que anulan condenas o confirman absoluciones adolecen de problemas similares**

Finalmente, varias de las Ejecutorias en las que se anulan condenas o se confirman absoluciones también evidencian defectos en el razonamiento probatorio. Un sector de éstas, por ejemplo, reduce buena parte su argumentación para la decisión absolutoria a señalar que los argumentos del recurso de nulidad interpuesto son repetitivos, sin que los contra indicios citados en la resolución realmente enerven la prueba de cargo o, en ocasiones, incluso guarden alguna relación con ésta.

Un ejemplo de esto último puede hallarse en la Ejecutoria recaída en el R.N N° 5090-2006-Piura, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema<sup>148</sup>. En este caso, los miembros del Comité de Adquisición de un vehículo para la Municipalidad de Vichayal habían sido acusados de haber elaborado las bases del proceso de contratación

---

<sup>147</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Op. cit, p. 46.

<sup>148</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 5090-2006-Piura emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 13 de marzo del 2008. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

para que la entidad adquiriese un bus con el fin de favorecer a un determinado postor, diseñando tanto los requisitos para hacerse con la buena pro como las obligaciones contractuales a su conveniencia.

Sin embargo, al momento de fundamentar la falta de mérito para condenar por colusión, la Corte señaló lo siguiente:

*“Que en lo concerniente al delito de colusión desleal atribuido a los encausados Mercedes Gerardo Rivera López, Ronald Manuel Carmen Córdova, César Arturo Coronado Atoche y Juan Francisco Pulache Ortiz, en su condición de miembros del Comité de adquisición del vehículo, la acusación versa sobre cargos de haber concertado con el encausado Molina Roa, ganador de la buena pro a fin de defraudar al Estado en el momento de la licitación como en el de la ejecución de las obligaciones contractuales; que al respecto, conforme a la documentación obrante en autos, se evidencia que en el desarrollo del concurso de postores para la adquisición del vehículo se realizó conforme a ley, y se llevó a cabo en presencia del Juez de Paz; asimismo consta en autos que los tres postores que postularon pusieron en conocimiento sus respectivas propuestas económicas, conforme se aprecia a fojas sesenta y nueve, ochenta y cuatro y noventa, por lo que al observar el menor costo, y otros aspectos, se otorgó la buena pro, como se evidencia de fojas sesenta y uno.”<sup>149</sup>*

El párrafo es la única parte de la Ejecutoria donde se explica por qué razón se confirmó la decisión de absolver a los imputados por colusión. Lo llamativo es que, como se puede apreciar, ninguna de las razones esgrimidas por la Corte sugiere que se haya analizado mínimamente las bases del concurso para descartar la imputación realizada. Los argumentos para descartar que las bases hayan sido redactadas deliberadamente para favorecer a un postor son i) el desarrollo del concurso se llevó “conforme a ley” ii) en presencia de un Juez de Paz y iii) los tres postores que postularon comunicaron sus propuestas y se eligió al que presentó la más barata.

Ninguno de éstos tiene relación alguna con la alegación de que las bases habían sido redactadas a la medida de uno de los postores, que era el fundamento de la acusación. Que el juez de paz haya estado presente o no es irrelevante si es que no se indica qué actividades realizó para asegurarse de que el proceso de contratación se realizara objetivamente.

---

<sup>149</sup> Ibidem, considerando cuarto.



Podría asumirse, claro, que cuando la Corte dice que el concurso se llevó a cabo “conforme a ley” también está diciendo que las bases no presentan indicios de haber sido redactadas para favorecer a alguien. Pero actuar de ese modo supondría contravenir el mandato del TC que, como ya se vio, ordena motivar especialmente en los casos de prueba indiciaria. La Corte no puede decirnos solo “el desarrollo del concurso se llevó conforme a ley”, sino que tiene explicarnos detalladamente por qué.

Por otro lado, que se haya elegido al postor con la oferta más barata no quiere decir que las bases no hayan estado direccionadas hacia él. Por lo general el valor económico de las ofertas es solo uno de los criterios que se tienen en cuenta al momento de determinar qué propuesta es la mejor, y cuál debe recibir la buena pro. De modo que el que se haya elegido a la menos onerosa no significa que las bases no hayan podido reforzar o facilitar esta elección, por ejemplo, incorporando requisitos que solo dicho postor podía cumplir.

A todas luces, la Corte debió haberse dado el trabajo de explicar mejor de qué forma estaban supuestamente direccionadas las bases según la acusación –cuestión que tampoco precisa- y sobre todo, por qué era razonable entender que en realidad no lo estaban. El solo dato del precio, sin más, no es suficiente.

Desde el punto de vista de la estructura de la prueba indiciaria, una adecuada motivación en términos de razonamiento probatorio hubiese requerido, primero, precisar los indicios en los que se basaba la alegación de que las bases habían sido redactadas para hacer ganar a uno de los postores y segundo, explicar los contra indicios que impedían considerar a los primeros como evidencias de cargo sólidas.

En el caso citado, la Corte no hace lo primero bien, y en consecuencia, el único contra indicio que aporta (el hecho de que se haya elegido la oferta más conveniente económicamente) no termina de persuadir en el sentido de que no hayan existido evidencias de colusión suficientes en el caso concreto.

Otro ejemplo de la falta de motivación suficiente acorde con la doctrina de la prueba indiciaria vinculado al razonamiento probatorio puede apreciarse en la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 4564-2006-Cusco emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. En este caso, funcionarios de la Municipalidad Distrital

de Pomacanchi habían sido acusados de coludirse con un proveedor de maquinaria pesada en un proceso de contratación, eludiendo el mandato de las normas que regulan este tipo de adquisiciones para favorecerlo. La Corte consideró la absolución de primera instancia arreglada a Ley señalando que:

*“Cuarto.- Que, conforme se advierte de la sentencia impugnada, la absolución de los procesados se sustenta en la insuficiencia probatoria, que según el mandato constitucional, es argumento idóneo para fundamentar una sentencia absolutoria, teniendo en cuenta que la presunción de inocencia versa en hechos que son objeto de prueba, y que para que esta presunción sea desvirtuada se exige un mínimo de actividad probatoria de cargo con todas las garantías procesales, lo que ha ocurrido en el presente caso. Quinto.- Que, en tal sentido, el material probatorio que obra en autos, como son los documentos y los peritajes valorativos y contables, que han sido ratificados en el juicio oral, han sido incapaces de probar la existencia de los hechos punibles y la participación en ellos, de los acusados; lo que más aún, no se contrapone a la negativa uniforme y coherente de los procesados, respecto de los hechos imputados. Sexto.- Que, por lo tanto, ante la inexistencia de pruebas plenas, suficientes e idóneas que acrediten la responsabilidad penal de los encausados en la comisión de los delitos imputados, resulta constitucional y legal argumentar la insuficiencia probatoria, debiendo resolverse conforme a lo más favorable al justiciable (indubio pro reo) <sup>150</sup>.”*

Se aprecia claramente del fragmento transcrito que el razonamiento probatorio de la Sala está basado en generalidades, sin entrar jamás en el detalle de explicar los indicios de cargo y los contra indicios que sustentan la absolución. La fundamentación empleada para justificar la absolución en este caso es tan genérica que podría copiarse y pegarse en cualquier otro caso y no llamaría la atención, ya que ni siquiera describe hechos o medios de prueba específicos.

Otro ejemplo de los defectos en el uso del razonamiento probatorio empleado por la Sala puede apreciarse en la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 907-2014-Tacna. En este caso, se acusaba a dos funcionarios del CTAR de Tacna de haberse coludido con el representante legal de una empresa, con el fin de que no se le aplicara la penalidad a ésta por haberse retrasado en la entrega de una obra llamada “Construcción de las veredas de las manzanas a, b y c de la zona auxiliar del Parque Industrial Tacna”. Al momento de

---

<sup>150</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 4564-2006-Cusco emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 16 de abril del 2008. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), considerandos cuarto, quinto y sexto.

explicar por qué consideraba justificado que la primera de estos no fuese condenada, la Corte señaló lo siguiente:

*“Cuarto. Que en ese sentido, los agravios sostenidos por la recurrente no resultan atendibles, en tanto, que respecto a la procesada María Elena Rejas Rejas no se advierte la existencia de prueba o elemento de juicio objetivo que acrediten, aunque sea indiciariamente, la existencia de concertación defraudatoria entre los procesados María Elena Rejas Rejas, Marcos Rodríguez Ávila y Jorge Guillermo Sánchez Moreno Izaguirre, con el representante legal de la empresa Jhamisso; más aún cuando éste último ni siquiera ha sido denunciado o acusado por el Ministerio Público en calidad de cómplice primario del delito de colusión, cuando en este tipo de delitos debe concurrir la intervención de un interesado al tratarse de un delito de encuentro.(...)”*

El hecho de que el delito de colusión sea uno de encuentro no quiere decir que deba procesarse necesariamente al *intraneus* y al *extraneus* simultáneamente y en un solo caso, ni mucho menos que el que no se haya denunciado o acusado a éste último pueda ser considerado un contra indicio sin más.

Es cierto que lo ideal es procesar a ambos al mismo tiempo, en tanto que ello permite valorar y contrastar más eficientemente toda la prueba relevante. Es cierto también que un caso con evidencia de cargo significativa contra uno difícilmente no lo sea también contra el otro. Sin embargo, el que el MP haya omitido procesar al *extraneus* primero no significa automáticamente que no haya evidencias contra éste.

Los medios de prueba para demostrar la responsabilidad del *extraneus* en el acto colusorio pueden perfectamente estar en el expediente y no haber sido tomados en cuenta. No desaparecen, automáticamente, por el hecho de que el fiscal omitió incorporarlo al proceso como imputado. De ahí que la Sala no pueda tomar esta omisión como una razón suficiente para justificar una absolución.

Más aún cuando en el caso concreto, lo que se le atribuía a la funcionaria *intraneus* era haberse puesto de acuerdo con el particular para impedir que se le aplicara una penalidad de 11,609.00 soles que le correspondía por haberse retrasado e incumplido parte de la ejecución de la obra “Construcción de las veredas de las manzanas a,b, y c de la zona del

parque industrial de Tacna”<sup>151</sup>. La motivación de la Sala debió haberse orientado a explicar por qué la inaplicación de la penalidad estaba justificada, o por qué no bastaba para considerar que había prueba suficiente de colusión.

De manera similar, la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N 4953-2006-Huanuco<sup>152</sup> presenta serias deficiencias en la argumentación que emplea para justificar su valoración probatoria. En el caso, se acusaba al alcalde de la Municipalidad Provincial de Pasco y a funcionarios de su gestión de haber dado su conformidad para los gastos en la ejecución de las obras “Remodelación y Ampliación del Mercado El Baratillo” y “Construcción del Terminal Terrestre Interdistrital “Dignidad” a sabiendas de que los mismos estaban siendo sobredimensionados por el proveedor<sup>153</sup>.

Al explicar las razones por las que se confirmó la absolución decidida en primera instancia, la Corte se limitó a decir que:

*“(…) no se advierten los elementos que acrediten el delito de colusión, pues no obran pruebas que acrediten el acuerdo clandestino entre los procesados o con otros terceros para aprovecharse ilícitamente de los caudales de la agraviada; además esta imputación precaria ha sido convalidada por los representantes legales de la Municipalidad agraviada que con total conocimiento del proceso no han ofrecido prueba documental idónea que acentúe la comisión de tales delitos, limitándose a informar que no existe documentos administrativos de las citadas obras; **Sexto:** Que, de otro lado, se advierte que con la finalidad de esclarecer el hecho denunciado el órgano jurisdiccional se extendió en exceso en el plazo de la instrucción prevista en el artículo doscientos dos del Código de Procedimiento Penales, pues desde el inicio del proceso - enero de dos mil cuatro - hasta la fecha han transcurrido más de cuatro años, término en el que las partes pese ha (sic) estar premunidos de las facultades para acentuar su incipiente denuncia no la han realizado, menos hacerlo en esta oportunidad como lo solicita la señora representante del Ministerio Público, pues importa prolongar indebidamente en el interés preponderante del proceso; asimismo el Colegiado de Instancia al concluir en los términos de la recurrida ha actuado conforme a la facultad que le confiere el artículo doscientos veinte del acotado Código, sobretudo sino se advierte infracciones de derechos fundamentales de incidencia procesal como limitarse el derecho a la prueba y debida motivación de las resoluciones judiciales.”*<sup>154</sup>

---

<sup>151</sup> Ibidem, considerando segundo.

<sup>152</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 4953-2006-Huanuco emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 2 de abril del 2008. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>153</sup> Ibidem, considerando segundo.

<sup>154</sup> Ibidem, considerando quinto.



Acá la motivación de la Corte vuelve a resultar insuficiente, pues aunque el argumento principal parece ser que los representantes legales de la Municipalidad agraviada no han aportado los documentos necesarios para acreditar la colusión alegada, la misma resolución establece que existía una pericia sobre el estado de la obra, los materiales empleados en su ejecución y su nivel de conservación<sup>155</sup>, lo cual implica que por lo menos cierta documentación debió haber existido.

Pero además, llama la atención el razonamiento esgrimido para fundamentar la decisión de no seguir prolongando más el proceso para recabar la documentación administrativa faltante –que por otro lado, ni siquiera se especifica cuál es-. La Corte señala que han transcurrido cuatro años desde el inicio de la instrucción hasta ese momento y que seguir prolongando el proceso más allá de ese lapso sería indebido, especialmente porque no se advierte alguna violación al derecho a la prueba de la Fiscalía.

No obstante, no se realiza un análisis del plazo razonable que tome en cuenta la complejidad del proceso, la gravedad del delito, la actitud de las autoridades encargadas del proceso ni la conducta procesal de las partes para fundamentar su decisión, que son los criterios establecidos en doctrina para valorar una eventual violación de esta garantía procesal, ni por qué el remedio debía ser el archivamiento del caso y no la responsabilidad disciplinaria de los magistrados, a pesar de que la primera opción solo se reserva para los casos más extremos<sup>156</sup>. Esto resulta llamativo porque, como ya lo ha reconocido la doctrina, los delitos de corrupción suelen requerir periodos de investigación extendidos debido a las circunstancias de clandestinidad continuada en el tiempo en las que son cometidos, así como a lo farragoso de la documentación que es necesario analizar<sup>157</sup>.

Estas son, pues, las principales deficiencias en el manejo de la prueba indiciaria halladas en la jurisprudencia de la Corte Suprema vinculada a casos de colusión. Partiendo de estos

---

<sup>155</sup> Ibidem, considerando tercero.

<sup>156</sup> PASTOR, Daniel R. *Acerca del Derecho Fundamental al Plazo Razonable de Duración del Proceso Penal*. En: Revista de Estudios de la Justicia, N° 4. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2004, pags. 59-60. Disponible en: [http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/Articulo%20sobre%20plazo%20razonable%20Pastor\\_10\\_.pdf](http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/Articulo%20sobre%20plazo%20razonable%20Pastor_10_.pdf), revisado el 19.3.2018.

<sup>157</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. *Proceso Penal y delitos de corrupción (Algunas bases para la reforma estructural del Proceso Penal)*. En: InDret, Revista para el Análisis del Derecho N°2/2013. Barcelona, Marzo del 2013, pags. 10 y 14. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/264212>, revisado el 19.3.2018.



hallazgos, en el siguiente capítulo se propondrá una solución a éstos orientada a resolver los casos correspondientes a las tipologías planteadas usando un esquema que permita satisfacer adecuadamente los estándares probatorios del Estado de Derecho y mejorar la capacidad de rendimiento de la prueba indiciaria.



### **Capítulo 3: Propuesta de valoración específica de la prueba indiciaria para casos de colusión**

#### **3.1 Planteamiento y contenido de la propuesta**

El principal problema detectado en la aplicación judicial de la prueba indiciaria para casos de colusión en el capítulo anterior es la ausencia de un razonamiento inferencial sólidamente descrito y desarrollado al momento de enlazar el hecho indicador con el hecho indicado.

De la ausencia del razonamiento inferencial se desprenden dos situaciones problemáticas: i) las decisiones favorables a la pretensión punitiva se centren en los casos contra funcionarios públicos de bajo rango y pequeñas entidades públicas, y ii) se condena principalmente en casos tan obvios que no requieren ni siquiera utilizar la prueba indiciaria o usarla solo mínimamente.

Los jueces y fiscales evidencian capacidad para identificar hechos probados indiciarios de colusión, pero fallan al momento de conectar éstos con una inferencia basada en una máxima de la experiencia que les permita llegar hasta el acuerdo colusorio, presupuesto indispensable de toda condena por colusión basada en prueba indiciaria. Omiten, sobre todo, hacer el descarte de alternativas necesario para poder inferir el hecho indicado desde los hechos indicadores.

El ejemplo de los pagos irregulares citado en el capítulo 2 es sintomático: acreditar que una entidad pública le pagó al particular la suma de dinero correspondiente al total del contrato a pesar de que éste no haya cumplido con sus obligaciones contractuales, o solo lo haya hecho parcialmente, es sin duda un indicio importante de colusión. Pero no es el hecho principal del delito de colusión. No es el acuerdo colusorio en sí mismo.

Por lo tanto, el razonamiento probatorio no puede detenerse en él, sino que debe profundizar en la máxima de la experiencia que sirve para fundamentar el razonamiento inferencial gracias al cual será posible llegar desde ese hecho hasta el hecho principal que se quiere probar –el acuerdo colusorio–.

La evidencia sugiere que tienden a llevar a juicio más frecuentemente los casos que corresponden a lo que aquí he llamado “tipología 1”. Como la tipología de probable condena en casos de colusión más recurrente corresponde a casos con evidencias tan claramente sugerentes de colusión que no requieren ni siquiera utilizar la prueba indiciaria<sup>158</sup>, o solo demandan un uso mínimo de esta, los jueces y fiscales no desarrollan las técnicas argumentativas necesarias para sustentar un caso ahí donde la evidencia no sea tan contundente.

Probablemente, esto se deba a que la exposición permanente a este tipo de casos ha terminado por alterar la noción de prueba indiciaria con la que se desenvuelven, produciéndose un escenario en el cual ellos realmente creen que están aplicando la prueba indiciaria, cuando en realidad sucede lo opuesto en buena parte de los casos<sup>159</sup>.

De forma consecuente con lo anterior, el sistema parece avocarse más a ese tipo de casos claros centrando sus recursos y esfuerzos en perseguirlos sin notar, aparentemente, que las instituciones públicas en las que éstos proliferan son más bien pequeñas, pese a que el interés social exige también sancionar los casos que se producen en las de mayor volumen y que involucran a funcionarios de alto rango.

Los principales sancionados por casos de colusión, en lo que respecta a casos que se rigen por el C. de P.P de 1940, suelen ser funcionarios y contratistas de las municipalidades distritales y provinciales de distintos departamentos del país. El perfil del caso de colusión que recibe una decisión favorable a la pretensión punitiva, en su mayoría, no corresponde a casos que involucren a altos funcionarios o grandes empresas<sup>160</sup>.

Es razonable pensar que mientras más alto escala la corrupción, más sofisticados serán los mecanismos para intentar perpetrarla. Pero sofisticación es precisamente lo que nuestros operadores de justicia no están acostumbrados a discutir en buena parte de los casos de colusión en los que se emite una decisión favorable a la Fiscalía.

---

<sup>158</sup> Como por ejemplo, casos de contratos o pagos al particular por brindar un servicio o ejecutar una obra sin mediar proceso de contratación o falseando documentos fáciles de reconocer como tales como cotizaciones.

<sup>159</sup> Ello explica los numerosos pronunciamientos en los que se cita a la prueba indiciaria como una herramienta necesaria en los casos de colusión, a pesar de que luego se aprecia que ésta no es aplicada en el caso concreto

<sup>160</sup> Procesos por colusión como el del caso Odebrecht son más bien una excepción en nuestro medio.

Frente a esto, el sistema no puede reaccionar como lo ha venido haciendo hasta ahora, limitándose a recomendar genéricamente el empleo de la prueba indiciaria en casos de colusión. Es necesario ir un paso más allá, e intentar proveer criterios específicos para cada una de las tipologías de colusión, que sirvan para facilitar la formulación de la inferencia que enlaza los hechos indicadores con el hecho indicado. En particular, para aquellas que corresponden a modalidades más sofisticadas de ejecución del acuerdo colusorio.

Estos criterios deberían servir para orientar a los operadores sobre dónde concentrar sus esfuerzos investigativos en la etapa pre-procesal, y dónde y cómo reforzar su argumentación al momento de emitir sus disposiciones y resoluciones. De esta manera, desde que un fiscal o juez reconozca que el caso que tiene ante sí corresponde a una de las tipologías listadas en el primer capítulo, tendrá referencias para construir mejor su caso. Los criterios, además, ayudarán a evaluar mejor los casos más complejos de colusión y permitirán incrementar la capacidad argumentativa para decidir si realmente existe mérito para acusar y/o condenar.

El capítulo empieza con una descripción de los criterios que considero que los operadores deben tener en cuenta para la formulación de las inferencias en cada tipología, con el fin de ahondar luego en la valoración de las infracciones administrativas en general, y las condiciones que estas deben reunir para poder ser indicios válidos del delito de colusión. Se hace esta especial referencia al valor indiciario de las infracciones porque estas suelen ser frecuentemente citadas, pese a que su mera acumulación no supone necesariamente contar con pruebas para caso penal de colusión. Al final, se enumeran las conclusiones de la investigación.

### **3.2 Criterios que se proponen para valorar la prueba indiciaria en el delito de colusión según su tipología**

Para tener un caso más sólido en términos de prueba indiciaria, la inferencia empleada en cada una de las tipologías de colusión debe cuidarse de descartar las soluciones alternativas al delito que podrían explicar los hechos indicadores probados. Solo cuando se han realizado dichos descartes, los hechos indicadores pueden servir para probar el hecho indicado a través de la inferencia.

En este sentido, se plantean a continuación ciertos criterios que deberían ser útiles para proceder a estos descartes y analizar de este modo si se cuenta con un caso de buena prueba indiciaria o no. A su vez, se proponen también modelos de inferencia para cada tipología que incluyan dichos descartes. Mientras más alternativas no inculpatorias puedan eliminarse siguiendo los criterios sugeridos a continuación, de mejor calidad será la prueba indiciaria.

### **3.2.1 En los casos de asignación de recursos prescindiendo de la participación de otros postores, ya sea falsificando documentos esenciales del proceso de contratación, o contratando con particulares sin proceso previo (tipología 1)**

Aún en los supuestos donde la evidencia es más fuerte y la cantidad de condenas confirmadas y absoluciones anuladas es más alta, la inferencia o presunción necesaria para llegar al hecho consecuencia desde el hecho indicador debe realizar ciertos descartes para poder ser válida. Al respecto, es importante destacar que la tipología 1 comprende una gran cantidad de casos que, como ya se dijo, no son de prueba indiciaria, porque contienen entre sus medios de prueba evidencia directa de la concertación (como lo es un contrato entre el privado y la entidad pública, cuando no ha existido un proceso de contratación).

Pero junto a éstos, hay también en esta misma tipología casos en los que la inexistencia del proceso de contratación no es complementada con prueba directa de la concertación, sino con evidencia indiciaria. En este segundo grupo de casos sí resulta necesario trazar una inferencia con rigurosidad entre los hechos indicadores y el hecho indicado. Pensando sobre todo en ellos es que se proponen los siguientes criterios.

- a) La obligación de contar con distintas ofertas de bienes y/o servicios del sector privado antes de contratar debe ser identificada, fundamentada y plasmada en la argumentación*

No haber convocado a otros postores para decidir a quién se contrataba es un indicio muy importante siempre que se acredite previamente que existía un deber de comparación entre las ofertas de varios privados. En circunstancias extraordinarias, la administración



sí está facultada a contratar sin hacer dicha comparación por razones de celeridad y necesidad<sup>161</sup>.

Es indispensable fijar con claridad esta situación lo antes posible durante la investigación en los casos en los que la hipótesis fiscal es que el acuerdo colusorio habría consistido en asegurarle al privado la contratación con la entidad pública ya que, de no concurrir dicho deber, ese acuerdo en principio no podría ser colusorio.

Los funcionarios involucrados, por otro lado, deben haber estado al tanto de este deber para satisfacer el requisito del dolo propio del tipo penal. Aunque esta circunstancia no será problemática en la mayoría de casos –ya que el conocimiento de la normativa administrativa se les atribuirá como un conocimiento mínimo propio de su cargo sin admitir excusas por la falta de experiencia<sup>162</sup>–, podrían haber situaciones en las que la concurrencia de alguno de los supuestos habilitantes para contratar directamente, sin siquiera hacer una tabla comparativa de cotizaciones, esté en discusión. Por ejemplo, situaciones de desabastecimiento o emergencia cuyos presupuestos fácticos no estén del todo claros, o estén en discusión ante la autoridad administrativa, así como alguno de los supuestos de inaplicación previstos en el art. 5º de la LCE.

Si la controversia sobre la concurrencia de la situación de emergencia o desabastecimiento se está ventilando ante la autoridad administrativa y la hipótesis principal de la Fiscalía es que dicha situación nunca existió, lo recomendable sería suspender el trámite de la investigación fiscal hasta que la autoridad administrativa o judicial determine si efectivamente se había configurado la situación excepcional. Solo en caso de que esta concluya que la situación excepcional en realidad no se había producido tendría sentido continuar con la investigación fiscal.

---

<sup>161</sup> El artículo 27º de la actual ley que rige las contrataciones públicas (Ley 30225) establece numerosos supuestos en los que la entidad pública puede contratar directamente con un determinado proveedor, incluyendo casos de situaciones de emergencia o desabastecimiento, secreto militar, ausencia de otros proveedores del mismo bien en el mercado, servicios personalísimos prestados por personas naturales, servicios de publicidad prestados por medios de comunicación, entre varios otros.

<sup>162</sup> Véase la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N Nº 718-2010-San Martín emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 23 de julio del 2010, considerando sexto. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

Esto no quiere decir que en dichos casos el pronunciamiento de la autoridad administrativa constituya una cuestión previa, o que esta sea una cuestión de procedibilidad. La decisión de la autoridad administrativa no condiciona el ejercicio de la acción penal, ni existe mandato legal en ese sentido<sup>163</sup>. El fiscal puede perfectamente formalizar la investigación preparatoria o la denuncia respectiva sin contar con ella, ya que la ley no se lo impide. Pero su teoría del caso si se verá seriamente debilitada si se determina en sede extra penal que sí existía una situación de emergencia o desabastecimiento, razón por la cual puede resultar más conveniente esperar.

Tampoco se trata de una condición objetiva de punibilidad porque el legislador no la ha incorporado en la ley penal como un requisito que debe concurrir en el hecho para ser punible, ni representa un caso en el que las finalidades extrapenales tengan prioridad frente a la necesidad de pena<sup>164</sup>. Las razones por las que sería conveniente esperar al pronunciamiento de la autoridad tienen que ver solo con impedir formular una teoría del caso que ya haya quedado contradicha por un pronunciamiento firme administrativo o jurisdiccional firme.

No es, por último, una cuestión prejudicial tampoco, porque el delito de colusión no hace referencia al pronunciamiento de la autoridad sobre la concurrencia o no de una situación de urgencia o desabastecimiento como un elemento que condicione la tipicidad de la conducta<sup>165</sup>. La tipicidad del acuerdo colusorio en abstracto no depende de que esa situación haya sido confirmada o descartada previamente. Influye solo en la facilidad para probar la conducta, no a nivel material.

Es importante precisar también que si bien los procedimientos de contratación directa sí le permiten a la entidad pública en ciertos casos invitar a un solo postor<sup>166</sup> y contratarlo

---

<sup>163</sup> Por el contrario, las condiciones de procedibilidad sí condicionan el ejercicio de la acción penal, y si esta se promueve sin su presencia y el proceso se inicia, devendría en nulo por haber violado la ley. Véase: SAN MARTIN CASTRO, César. Op. cit, p. 329.

<sup>164</sup> ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Traducido de la 2da edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña et al. Civitas, Madrid, 1997, p.977.

<sup>165</sup> A diferencia de lo que pasa con las cuestiones prejudiciales. Véase: SAN MARTIN CASTRO, César. Op. cit, p.314.

<sup>166</sup> **Artículo 87º del RLCE (Decreto Supremo 350-2015-EF).- Procedimiento para las contrataciones directas:** 87.1. *Una vez aprobada la contratación directa, la Entidad la efectúa mediante acciones inmediatas, requiriéndose invitar a un solo proveedor, cuya oferta cumpla con las características y condiciones establecidas en las Bases, las cuales deben contener como mínimo lo indicado en los literales*

directamente sin realizar un proceso de contratación previo, la normativa sí obliga a la entidad a fundamentar de forma previa el sustento técnico y legal respectivo, siendo el único caso en el que se admite contratar primero y emitir los documentos después el de la situación de emergencia<sup>167</sup> (“regularización”).

Es más, incluso en el caso de la situación de emergencia la normativa exige regularizar los documentos de ley para este tipo de contratación (actuaciones preparatorias, informes con el sustento técnico-legal, resolución o acuerdos de Consejo aprobatorios y contrato) en los 10 días hábiles siguientes al inicio de la prestación por parte del privado o de la recepción del bien <sup>168</sup>.

Esto quiere decir que toda contratación directa, pese a tener esta condición, debería haber dejado algún rastro documental que permita corroborar su veracidad y adecuación a ley. No obstante, la inexistencia de la documentación respectiva o su emisión fuera del plazo no significa automáticamente que se esté ante un caso de colusión, solo porque dichos supuestos constituyen infracciones administrativas. Con cargo a profundizar posteriormente en esta cuestión, cabe adelantar que lo importante es tener claro si la infracción administrativa producida crea o eleva el riesgo prohibido de que exista un acuerdo colusorio en ejecución, cuestión que no cualquier infracción en cualquier tipo de caso de colusión es capaz de producir.

Por otro lado, las inferencias probatorias de esta tipología pueden requerir descartar, en ciertos supuestos que el o los funcionarios imputados hayan actuado bajo error,

---

a), b), e), f), m) y q) del numeral 27.1 del artículo 27. La oferta puede ser obtenida por cualquier medio de comunicación. (...)(destacado añadido)

<sup>167</sup> **Artículo 86° del RLCE (Decreto Supremo 350-2015-EF).- Aprobación de contrataciones directas:** (...) 86.3. Se encuentra prohibida la aprobación de contrataciones directas en vía de regularización, a excepción de la causal de situación de emergencia.

<sup>168</sup> **Artículo 85° del RLCE (Decreto Supremo 350-2015-EF).-Condiciones para el empleo de la contratación directa:** (...)

2. Situación de Emergencia (...)

Como máximo, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien, o la primera entrega en el caso de suministros o del inicio de la prestación del servicio, o del inicio de la ejecución de la obra, la Entidad debe regularizar aquella documentación referida a las actuaciones preparatorias, el informe o los informes que contienen el sustento técnico legal de la contratación directa, la resolución o acuerdo que la aprueba, así como el contrato y sus requisitos, que a la fecha de la contratación no haya sido elaborada, aprobada o suscrita, según corresponda; debiendo en el mismo plazo registrar y publicar en el SEACE los informes y la resolución o acuerdos antes mencionados.

especialmente si la alegación de concurrencia de una situación excepcional que autorizaba a contratar directamente es verosímil.

Por lo dicho, un primer elemento que las inferencias de esta tipología deben incorporar, es la existencia de un deber de comparar la mejor oferta entre los privados antes de decidir con quien se contrata, y la conciencia de este deber por parte de los imputados.

*b) Debe explicitarse por qué el uso de cotizaciones u otros documentos esenciales falsos solo pudo ser deliberado considerando el principio de confianza*

Cuando existan falsificaciones de cotizaciones o documentos similares, como en algunos de los casos listados en el capítulo 1, atribuir a los imputados el conocimiento de que la normativa obligaba a realizar comparaciones entre las cotizaciones provistas antes de seleccionar al contratista será más sencillo. Toda falsificación sugiere un acto deliberado del falsificador, y por tanto, que éste conocía el deber que pretendía cumplir fraudulentamente.

Sin embargo, cabe también la posibilidad de que los funcionarios públicos no hayan estado al tanto de la falsedad de dichas cotizaciones. De hecho, en organizaciones complejas como las entidades públicas puede admitirse el principio de confianza, según el cual cuando una persona realiza un comportamiento que se entrelaza con el de otras, en un contexto de división funcional del trabajo, no tiene el deber de supervisar que las prestaciones de estas se desarrollen conforme a lo previsto y puede confiar en que será así, no pudiendo ser responsabilizada si, como consecuencia de las deficiencias en el trabajo de los terceros, su propia prestación termina causando un suceso lesivo<sup>169</sup>.

Considerando que un proceso de contratación supone la intervención de diversos funcionarios públicos con diversos ámbitos de competencia, será importante aquí establecer quién o quiénes eran los responsables de verificar la autenticidad de las cotizaciones a partir de las cuales se eligió al proveedor, ya que éstos no podrán ampararse en un principio de confianza para salvar su responsabilidad<sup>170</sup>.

---

<sup>169</sup> Por todos véase: JAKOBS, Günther. La imputación objetiva en Derecho Penal. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Editorial Ad-Hoc, Lima, 1996, p. 29.

<sup>170</sup> Ibidem.

Será importante también fijar la falsedad de la o las cotizaciones obteniendo la declaración de los representantes de las empresas que supuestamente enviaron las mismas, y corroborando los números de serie respectivos de los talonarios -de los cuales éstas fueron supuestamente extraídas-. Otra cuestión útil a efectos de confirmar la falsedad de las cotizaciones y la existencia de un acuerdo colusorio será corroborar el rubro real de las empresas que supuestamente enviaron sus cotizaciones, a efectos de determinar si verdaderamente es posible que hayan estado interesadas en un proceso de contratación como el que supuestamente se produjo o no.

Ahora, si el funcionario concreto sí tenía el deber de supervisar los trabajos y, lejos de cumplirlo, actuó de forma contraria a los intereses de la entidad permitiendo o incluso promoviendo la realización de un abono dinerario injustificado, su conducta sí podría ser considerada como un indicio de colusión.

La ley actual, por ejemplo, prevé que en los contratos de bienes y servicios se emita una conformidad de la prestación pactada<sup>171</sup>. Esta conformidad es necesaria para realizar los pagos finales, de manera que si la ejecución de la prestación del contratista era deficiente la misma no debería haber sido emitida y eso hubiese bloqueado la posibilidad de pagarle. Por el contrario, que se emita una conformidad en esas condiciones es un indicio de cargo que los tribunales toman en cuenta, como sucedió en el caso resuelto mediante el R.N N° 3978-2001-Arequipa<sup>172</sup>.

Es importante tener en cuenta también que tanto en la legislación actual como en la anterior, esta conformidad no puede ser otorgada sin el informe del área usuaria, que es la misma que realizó el requerimiento que dio origen al proceso de selección respectivo. Esto es muy trascendente porque son precisamente esos funcionarios los que están en

---

<sup>171</sup> **Artículo 8° de la LCE (Ley 30225):** *Se encuentran encargados de los procesos de contratación de la Entidad:*

(...)

b) *El Área Usuaria que es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación o, que dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias, que colabora y participa en la planificación de las contrataciones, y realiza la verificación técnica de las contrataciones efectuadas a su requerimiento, previas a su conformidad.(...)*

<sup>172</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 3978-2001-Arequipa, del 9 de octubre del 2002, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. En: PÉREZ ARROYO, Miguel. La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú. (2001-2005). Tomo II. Editorial San Marcos. JurisConsulti Editores. Lima, 2006, pags. 1302-1308.



mejor posición de establecer si el bien o servicio adquirido cumple con las necesidades de la entidad que se hicieron constar en las bases.

- c) La selección del postor antes de la realización o culminación del proceso de contratación respectivo debe corresponderse con un comportamiento de éste que exprese aceptación*

Este es otro potente indicio para acreditar la concertación en un caso en el que la hipótesis consiste en que el acuerdo colusorio tenía por objeto asignarle al *extraneus* la posibilidad de contratar con la entidad pública sin pasar por el proceso respectivo. La existencia, por ejemplo, de una orden de servicio para que un particular ejecute una prestación sin que exista un proceso de contratación de por medio denota que la entidad pública lo ha elegido sin realizar el proceso de contratación respectivo.

La inferencia que se emplee para pasar desde este hecho principal indicador (y los hechos indicadores secundarios que lo complementen) hacia el hecho indicado debe, sin embargo, tener en cuenta aquí el comportamiento del particular, ya que el otorgamiento de la orden de servicio es un acto unilateral, que por sí solo únicamente podría probar un caso de negociación incompatible.

Para acreditar la concertación requerida por el delito de colusión la inferencia aquí debería estar construida de modo que pueda demostrar que el particular, sabiendo que no ha mediado proceso de contratación previo, ha pretendido cumplir con la orden de servicio y ejecutar su prestación, siendo lo ideal que lo haya hecho parcial o deficientemente, y aun así haya pretendido cobrar la totalidad de su contraprestación. De lo contrario el *extraneus* imputado podría alegar que la prueba no refleja la coordinación entre el funcionario y el privado propia de un acto de colusión, sino más bien un acto de favorecimiento unilateral que él no pidió, y por el cual solo el funcionario debiera dar explicaciones.

En este sentido, la argumentación aquí debe cuidarse de explicitar también por qué debe considerarse que el particular estaba al tanto y a la expectativa del acto de favorecimiento del funcionario producto del acuerdo colusorio, al punto de haber realizado comportamientos dirigidos a sacar provecho de aquel. El hecho de haber comenzado a ejecutar la prestación, pese a saber que no se cumplía con los requisitos o no se contaba

con los insumos necesarios, requerir el pago respectivo luego y recibirlo, sabiendo que esta no ha sido cumplida, es un comportamiento común que expresa la coordinación necesaria para acreditar la colusión.

- d) El pago realizado al contratista privado para que ejecute obras, servicios, o venda bienes a la entidad sin proceso de contratación previo no debe estar autorizado por algún supuesto habilitante de la normativa sobre contrataciones*

Algo similar se puede decir de los pagos injustificados, que a veces acompañan a los indicios principales de esta tipología: para que sean indiciarios no tienen que tener ninguna explicación razonable en función de la operación que se estaba realizando, lo cual supone revisar tanto el contrato como el sentido económico de la operación, y descartar que estos hayan requerido su realización. En estos casos, lo común será que los pagos se realicen a pesar de que ni siquiera se ha producido un proceso de contratación concreto para elegir al contratista encargado de proveer a la entidad pública.

Aquí, nuevamente, el único descarte relevante que habría que hacer para que este indicio, sumado a los secundarios, cobre toda su fuerza probatoria a través de una inferencia que lo conecte con el hecho indicado es que la entidad no haya estado autorizada por ley a contratar directamente, prescindiendo de un proceso de contratación. En este sentido, son aplicables las consideraciones ya señaladas sobre las contrataciones directas y la necesidad de descartar los supuestos que habilitan su concurrencia ya señalados<sup>173</sup>.

- e) La no correspondencia entre la experiencia para realizar la prestación requerida por las bases y la del postor elegido debe resultar perjudicial para la entidad, y los sobrepagos pagados deben calcularse con relación al precio de mercado vigente al momento de los hechos*

Tanto el pago de sobrepagos como la contratación de particulares o empresas que no cumplen los requisitos de ley para ser seleccionados como postores en el caso concreto son indicios secundarios, que van a estar presentes en casi todas las tipologías de colusión. Por esa razón, es útil intentar establecer qué cuestiones deben ser descartadas en la inferencia cuando se cuenta con estos indicios, a fin de poder evaluar correctamente su capacidad de rendimiento.

---

<sup>173</sup> *Supra*, numeral 3.2.1, literal “a”.

Para darle significado probatorio a la existencia del sobreprecio, será necesario tener una idea del valor de mercado del bien al momento de los hechos, lo cual no siempre es sencillo considerando que los casos de colusión suelen ser procesados varios años después. Ciertamente, el sobreprecio de esta tipología requiere de descartes adicionales más complicados de realizar que el de la tipología 4, en la cual el sobreprecio es evidente porque los demás postores ofertaban el mismo bien o servicio a precios menores dentro del mismo proceso de contratación.

La asignación del trabajo a un postor que no reúne la experiencia o preparación mínimas necesarias para realizarlo también requiere, para poder ayudar a construir una inferencia sólida, estar seguro de cuáles eran las condiciones requeridas para realizar la prestación (un dato que debe aparecer con claridad en las bases). Otra posibilidad de explotar este indicio en la inferencia es cerciorándose de que dichas condiciones supongan un detrimento en la calidad de la prestación recibida por el Estado, ya que de esa forma podrá acreditarse el perjuicio propio de la colusión agravada.

Si la prestación no se ejecutó en las condiciones previstas en las bases, sino en otras mejores o de igual calidad, el incumplimiento de las mismas no tendrá mayor carga indiciaria para el caso.

Puestas así las cosas, y teniendo en cuenta todo lo anterior, el modelo de inferencia que se propone para esta tipología, y que incluye los descartes sugeridos, quedaría del modo siguiente:

“Si los funcionarios públicos encargados de llevar a cabo una operación económica:  
-contratan a un privado omitiendo su deber de hacerlo a través de un proceso de contratación sin estar legalmente habilitados para ello y/o  
- emplean deliberadamente cotizaciones falsas distintas a la del privado contratado en el expediente de contratación u otros documento esenciales para el proceso de contratación

Y además (pero no necesariamente):

-el privado vende el producto o servicio a un precio notoriamente superior al valor de mercado al momento de los hechos y/o  
-recibe pagos de la entidad pese a que nunca hubo proceso de contratación o a que su prestación es incompleta o defectuosa, y/o

-no cumple con los requisitos de experiencia mínimos al ejecutar su prestación  
Entonces, es probable que haya existido un acuerdo colusorio previo entre los funcionarios involucrados y el particular.”

La doctrina es homogénea en afirmar que la inferencia que conecta el hecho indicador con el indicado debe haber sido extraída de las máximas de la experiencia o las reglas de la lógica. Es claro que la lógica permite inferir válidamente que si en un caso concreto se prueba todo lo anterior, y además se descartan los factores señalados en los párrafos precedentes, lo más probable es que la única forma de explicar los indicios hallados sea la existencia de un acuerdo colusorio previo.

### **3.2.2 En los casos de inacción deliberada y falta de penalización de los graves incumplimientos contractuales en los que incurrió el privado, pagándosele pese a todo (tipología 2)**

Esta tipología, que constituye la segunda más frecuente, sí se compone solo de casos de prueba indiciaria y no incluye supuestos de prueba directa – a diferencia de la primera-, porque los indicios más importantes agrupados en ella aluden a situaciones que si bien son muy irregulares, no prueban directamente un acuerdo colusorio.

Los criterios que se proponen para fortalecer el razonamiento inferencial que conecta estos indicios con el hecho indicado, descartando las alternativas no inculpativas y obteniendo una inferencia consistente y capaz de fundamentar una condena se detallan a continuación.

- a) El incumplimiento contractual a pesar del cual el privado recibió el pago o no fue penalizado debe ser de trascendencia para la operación económica, no haber sido compensado ni justificado y, en lo posible, no estar controvertido*

Para poder construir una inferencia sólida en los casos propios de esta tipología, primero hay que estar seguros de que el particular realmente ha incurrido en una falta o incumplimiento contractual relevante, que justificaría retener el pago respectivo o simplemente no pagarle por no haber culminado su prestación. Como se detalló en el primer capítulo, aunque el Juez Penal no esté facultado para declarar el incumplimiento de obligaciones contractuales, sí puede apreciar objetivamente el hecho de que el privado

no ha ejecutado las prestaciones a las que se comprometió, y sin embargo no fue sancionado con una penalidad, sino que se le pagó sin mayores inconvenientes.

En la medida en que evite declarar que ha ocurrido un incumplimiento contractual, no hay problema con que el Juez se base en ese hecho para su análisis. En este sentido, por razones pedagógicas se emplea aquí el término “incumplimiento contractual” para facilitar la explicación, aludiendo a la situación de facto en la que el privado no ejecutó las prestaciones establecidas en el contrato, aunque las mismas no hayan sido declaradas judicialmente todavía como “incumplimientos contractuales”.

Ahora bien, esta situación de facto debe ser suficientemente clara como para que el hecho del pago, o más aún, de que no se aplique ninguna penalidad al respecto, resulte sugerente de un acto de colusión, lo cual significa que el particular no debe tener ningún argumento atendible para cuestionar que se le atribuya el citado incumplimiento. El incumplimiento, por su parte, debe tener una entidad suficiente como para que sea razonable asumir que ameritaba una penalidad y no se trataba solo de una demora o inejecución irrelevante de una prestación contractual, como sucede a veces en el transcurso de un contrato.

La notoriedad del mismo, además, debe ser de tal medida que sea imposible que los funcionarios encargados de la supervisión no hayan podido advertirlo (como sucedió, por ejemplo, en uno de los casos listados en esta tipología: se contrata a alguien para que provea cemento, el cemento nunca ingresa a los almacenes –en ninguna proporción- y, sin embargo, se paga por el bien<sup>174</sup>). Los casos dudosos de incumplimiento contractual, en los cuales no es claro realmente si se ha llegado a producir un incumplimiento o no, difícilmente tendrán fuerza indiciaria.

Es posible también que exista otro procedimiento administrativo o proceso judicial en el cual el Estado y el particular estén discutiendo si efectivamente el segundo incumplió su contrato con el primero. Esto supone una situación delicada para la Fiscalía, ya que si en este procedimiento extra penal el particular obtiene una decisión favorable, conforme a la cual el nunca incumplió el contrato y por tanto la entidad pública hizo bien en no penalizarlo y en pagarle, entonces el principal indicio en el que se sustentaba el caso por

---

<sup>174</sup> Ver *supra*, capítulo 1, numeral 1.1.2.b.



colusión (que en esta tipología es justamente el pago y/o la no imposición de penalidades a pesar del incumplimiento contractual) perdería su mérito probatorio.

Pero, por otro lado, la obtención de un pronunciamiento definitivo en el proceso o procedimiento por incumplimiento contractual puede tardar años, con lo cual el plazo de la investigación preparatoria podría llegar a vencerse antes, si es que ésta ya se inició. Si no se ha iniciado todavía, de todos modos el tiempo que podría tardar la resolución de la controversia extra-penal no haría viable supeditar el inicio de la investigación o su formalización a su conclusión.

En casos de este tipo, la única forma de poder construir una inferencia sólida es analizar las chances que tiene el privado de obtener una decisión favorable en su reclamación en la vía extra penal por el supuesto incumplimiento. Corresponderá entonces conseguir copias del proceso en el que se litiga la controversia y evaluar, de ser posible con la ayuda de un especialista, si la alegación del privado de nunca haber incumplido tiene buen pronóstico o no.

Adicionalmente, es necesario también corroborar en esta tipología que el pago producido no esté amparado por la normativa sobre contrataciones al momento de los hechos, ni compensado al interior de la propia operación económica. Con respecto a lo primero, la normativa actual en algunas ocasiones permite realizar pagos adelantados aunque la prestación del privado aún no haya sido completada, o incluso pagar la totalidad del contrato antes de la entrega de los bienes o la realización del servicio cuando sea una condición de mercado<sup>175</sup>. Fuera de estos casos, los adelantos no deben superar el 30% del monto del contrato original bajo ningún supuesto, y el contratista que lo solicite debe entregar la garantía de ley acompañada del comprobante de pago junto con su solicitud<sup>176</sup>.

---

<sup>175</sup> **Artículo 39° de la LCE (Ley 30225). Pago:**

*39.1 El pago se realiza después de ejecutada la respectiva prestación, pudiendo contemplarse pagos a cuenta.*

*Excepcionalmente, el pago puede realizarse en su integridad por adelantado cuando, este sea condición de mercado para la entrega de los bienes o la prestación de los servicios, previo otorgamiento de la garantía, cuando corresponda, conforme se establece en el reglamento.*

<sup>176</sup> **Artículo 148° del RLCE (Decreto Supremo 350-2015-EF).-Condiciones para el empleo de la contratación directa.- Adelanto directo:**

*Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer adelantos directos al contratista, los que en ningún caso exceden en conjunto del treinta por ciento (30%) del monto del contrato original. En tal caso, los documentos del procedimiento de selección, además, deben prever el plazo en el cual el contratista debe solicitar el adelanto, así como el plazo de entrega del mismo.*

Con respecto a lo segundo, es posible que se hagan ajustes sobre el contrato original para compensar determinadas situaciones imprevistas que afectan las prestaciones de las partes y, en ocasiones, pueden dar la impresión de que existe un pago indebido cuando en realidad, viendo la operación completa, se evidencia que el privado ha compensado el monto que supuestamente recibió en exceso con alguna otra prestación.

Esto puede suceder en los contratos de múltiples prestaciones (por ejemplo, el privado se compromete a entregar 200 kilos de ladrillo y 200 kilos de cemento; luego no entrega los ladrillos y cobra la totalidad de la contraprestación, generando la apariencia de un pago indebido cuando en realidad lo que sucedió fue que aumentó la cantidad de cemento en igual proporción a lo que iba a cobrar inicialmente solo por los ladrillos), y por cierto, muy aparte de que la normativa administrativa lo permita o no.

En efecto, la “compensación” entre prestaciones puede, de ser el caso, contravenir normas administrativas, pero a efectos de evaluar las pruebas en un caso de colusión es innegable que si se aprecia consistentemente una lógica de este tipo, la hipótesis del acuerdo colusorio como explicación más razonable pierde fuerza. Por esa razón, en esta tipología hay que descartar que una situación como ésta se esté produciendo, ya que de ser así el pago no podrá entenderse como el producto de un acuerdo colusorio.

*b) Los funcionarios que notaron el incumplimiento contractual del privado y omitieron hacer efectiva la penalidad, e incluso le pagaron con normalidad, deben ser los competentes de acuerdo a la distribución de funciones en la entidad pública*

El segundo indicio principal de esta tipología consiste en que los funcionarios encargados de comunicar el incumplimiento contractual o aplicar las penalidades respectivas hayan estado al tanto del incumplimiento contractual por parte del privado, y sin embargo hayan omitido sancionarlo, o incluso le hayan pagado sus honorarios como si nada hubiese ocurrido.

Sobre este punto, hay que tener en cuenta que los funcionarios encargados de la supervisión deben haber omitido su deber de fiscalización de manera dolosa lo cual supone, primero, que tengan el deber de fiscalizar el aspecto concreto de la prestación

---

*Al momento de solicitar el adelanto, el contratista debe entregar la garantía acompañada del comprobante de pago.*

que fue incumplido; y, segundo, que la necesidad de intervenir no sea de difícil apreciación.

Poca o ninguna carga indiciaria tendrá el hecho de que determinados funcionarios no hayan hecho nada para impedir el pago o para comunicar el incumplimiento y aplicar la penalidad respectiva, si no tenían el deber funcional de hacerlo. Aquí, además de examinar el reglamento de organización y funciones al interior de la entidad respectiva para saber quién estaba encargado de qué, es importante también revisar qué competencias ya habían sido delimitadas por la normativa administrativa.

Por ejemplo, el RLCE señala que el pago procede después de la emisión de la conformidad de bienes, servicios en general y consultorías<sup>177</sup> o del acta de recepción de obra y la liquidación respectivas<sup>178</sup>, dependiendo del tipo de proceso de contratación. Indica también que le corresponde al órgano encargado de las contrataciones la aplicación de las penalidades que correspondan y el procedimiento de pago<sup>179</sup>.

Si se emite la conformidad respectiva, se entiende que al tesorero que hace efectivo el pago no le corresponde indagar sobre si fue bien o mal emitida, sino que se encuentra habilitado para pagar con la sola exhibición del documento.

---

<sup>177</sup> **Artículo 149 del RLCE (Decreto Supremo 350-2015-EF).-- Del pago:**

*149.1. La Entidad debe pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la conformidad de los bienes, servicios en general y consultorías, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello.*

<sup>178</sup> **Artículo 178° del RLCE (Decreto Supremo 350-2015-EF).-- Recepción de la Obra y plazos:**

*(...)*

*En un plazo no mayor de veinte (20) días siguientes de realizada su designación, el comité de recepción inicia, junto al contratista, el procedimiento de recepción de obra, en un plazo que no debe exceder un décimo (1/10) del plazo de ejecución vigente de la obra. Para tal efecto procede a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas y a efectuar las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos.*

*Culminada la verificación, y de no existir observaciones, se procede a la recepción de la obra, y se considera concluida en la fecha anotada por el contratista en el cuaderno de obra. El Acta de Recepción debe ser suscrita por los miembros del comité y el contratista.*

*(...)*

<sup>179</sup> **Artículo 4° del RLCE (Decreto Supremo 350-2015-EF).- Organización de la Entidad para las contrataciones:**

*(...)*

*4.2. El órgano encargado de las contrataciones tiene como función la gestión administrativa del contrato, que involucra el trámite de perfeccionamiento, la aplicación de las penalidades, el procedimiento de pago, en lo que corresponda, entre otras actividades de índole administrativo. La supervisión de la ejecución del contrato compete al área usuaria o al órgano al que se le haya asignado tal función.*

Los funcionarios vinculados a estos actos y etapas tienen, entonces, deberes especiales de controlar el riesgo en esas partes de la operación económica y, por lo tanto, muy difícilmente podrán aducir error o desconocimiento si resulta que alguna de ellas ha sido realizada de modo favorable al particular. Es importante descartar que los funcionarios a quienes se imputa en base a estos indicios tengan competencias funcionales que los hacen responsables por esa fracción del procedimiento, y determinar hasta dónde llega su competencia.

Esto no quiere decir que en un caso propio de esta tipología únicamente los funcionarios vinculados al pago y la aplicación de penalidades puedan ser sancionados por colusión, sino más bien que estos indicios los señalan directamente y, en consecuencia, ellos deberían estar como mínimo en el grupo de imputados. Ello sin perjuicio de que otros funcionarios, con otras atribuciones y otros indicios que los comprometan, puedan también responder penalmente.

- c) El particular al que se le imputa la recepción del pago de la entidad sabiendo que el trabajo no ha sido ejecutado debe estar en posición de conocer el estado de la prestación realizada en favor del Estado*

Este indicio requiere pocos descartes para poder generar una inferencia potente -junto al resto de hechos indicadores ya mencionados-, ya que en principio el particular no puede no saber que está recibiendo un pago que no le corresponde debido a que no ha ejecutado su prestación, o no la ha terminado de ejecutar.

El acto de aceptar el pago, o no realizar ninguna acción para advertir a la entidad de la recepción del mismo pese a no haber sido solicitado ni corresponder en el caso concreto -dado que la prestación no está terminada o ha sido incumplida-, expresa el comportamiento coordinado que distingue a la colusión de la negociación incompatible. La aceptación del pago por error será inverosímil en la mayoría de casos, ya que la empresa privada no puede no estar al tanto de sus propios avances.

No obstante, la imputación fiscal sí debería respetar el hecho de que no todos en la empresa contratista tienen por qué estar al tanto del estado real de las prestaciones ejecutadas para el Estado y por ende, de la ilegalidad del pago. Esto sucederá sobre todo en las empresas privadas grandes que contratan con el Estado.

En este sentido, el administrador o la secretaria de una empresa privada de ingenieros que coordinan la recepción del pago de una entidad pública por una obra completa supuestamente ya ejecutada, no tiene por qué saber lo que sabe el ingeniero concreto a cargo de la obra, esto es, que la misma solo se ha ejecutado en un 10%. También en estas estructuras opera la división funcional del trabajo y por tanto, no cualquiera que causalmente colabore con la recepción del pago debería estar incluido en la imputación por colusión. Estos terceros no deberían estar incluidos en la imputación si no existen indicios específicos distintos contra ellos.

*d) Los funcionarios que certificaron la idoneidad de la prestación del privado sin hacer ninguna observación deben haber omitido deliberadamente observar incumplimientos relevantes capaces de perjudicar seriamente los fines del contrato*

Otros de los indicios que suelen aparecer en esta tipología es la existencia de actos de conformidad o certificación de idoneidad de la prestación ejecutada por el privado por parte de los funcionarios públicos competentes. Estos actos son previos al cobro de la contraprestación económica por parte del privado, y una condición para el mismo.

Justamente por eso adquieren relevancia indiciaria: sin ellos el cobro de la contraprestación por parte del privado no sería posible. Además, teniendo estos funcionarios deberes de supervisión que deberían obligarlos a revisar detenidamente si la prestación del privado es idónea antes de autorizar el pago, omiten realizar cualquier acto de control o cuestionamiento del mismo a pesar del incumplimiento de las obligaciones contractuales del privado.

Para que este indicio adquiriera mayor fuerza probatoria y pueda servir para construir una inferencia sólida, debe descartarse que el incumplimiento contractual que el funcionario omitió comentar u observar sea uno de menor magnitud, que no haya tenido un impacto suficientemente relevante en la relación contractual como para detener el pago.

La carga indiciaria aquí de cara al delito de colusión no depende de que el acto de no haber comentado u observado el incumplimiento contractual del particular constituya una infracción administrativa por parte del funcionario. De hecho, para efectos de la responsabilidad administrativa funcional, cualquier inobservancia de las normas



vinculadas a la disposición de recursos públicos que genere perjuicio patrimonial ya constituye una infracción<sup>180</sup>.

No obstante, desde la perspectiva penal el incumplimiento contractual que no motivó ninguna reacción de parte de los funcionarios que debieron haber alertado de él para detener el pago será más relevante en la medida que afecte el sentido de la operación económica y los fines del contrato, dificultando de modo relevante el cumplimiento de estos últimos.

Ello porque los deberes de los funcionarios con respecto a estos aspectos esenciales de la contratación son más intensos y el hecho de incumplirlos, consecuentemente, tenderá a sugerir algo más que una simple responsabilidad administrativa, sin perjuicio de que para tener un caso fuerte por colusión habrá que evaluar conjuntamente todos los demás indicios que concurran en el supuesto concreto.

Para decirlo con un ejemplo: si durante una compra de libros escolares el contratista no cumple con entregar una parte menor de esta, se torna merecedor de un descuento sobre el pago total percibido equivalente al 2%. Si el funcionario encargado de aplicar dicho descuento omite realizarlo, es claro que ello ocasiona un perjuicio patrimonial para el Estado.

No obstante, que ese solo hecho constituya un indicio de colusión es mucho más discutible que si el proveedor hubiese entregado libros universitarios en lugar de escolares, y a pesar de eso haya recibido normalmente su pago, ya que en este segundo supuesto es claro que los fines de la contratación no podrán satisfacerse. Siendo esto así,

---

<sup>180</sup> **Artículo 6° del Reglamento de Infracciones y Sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control (Decreto Supremo N° 023-2011-PCM):** *Los funcionarios o servidores públicos incurren en responsabilidad administrativa funcional por la comisión de infracciones graves o muy graves, relacionadas al incumplimiento de las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades para el desarrollo de sus actividades, así como de las disposiciones internas vinculadas a su actuación funcional, específicamente por:*

*(...)*

*k) Usar los recursos públicos sin la estricta observancia de las normas pertinentes o influir de cualquier forma para su aplicación irregular, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.*

es más razonable en este segundo caso partir de la hipótesis de que tamaña negligencia no puede ser una cuestión fortuita o accidental, sino más bien el producto de un plan. Adicionalmente, en los supuestos que corresponden a esta tipología en particular resulta especialmente relevante descartar los casos en los que el incumplimiento de funciones se debe a mera negligencia, y no a la ejecución del acuerdo colusorio.

Por tanto, es necesario verificar si existían circunstancias que pudiesen haber inducido a error a los funcionarios que realizaron el pago, o alguna otra justificación para haber hecho el desembolso (un pago adelantado previsto adecuadamente en las bases, por ejemplo, aunque luego el contratista no haya cumplido con el resto de su prestación).

Este es el paso más importante en la cadena de indicios que conduce a la acreditación del acuerdo colusorio, ya que consiste en descartar la existencia de un mero error y acreditar más bien la ejecución de un plan preconcebido. Todas las tipologías propias de este delito comparten esta necesidad.

En ocasiones hacerlo resulta relativamente sencillo, como por ejemplo en el caso resuelto mediante el R.N 144-2004-Junin<sup>181</sup> en el cual el contratista terminó realizando el depósito bancario del dinero que le pagó la comuna a una cuenta que se encontraba a nombre del Director de Planificación de la Municipalidad de El Tambo, en Huancayo.

Eso evidentemente no pudo haber sido un error, y denota más bien premeditación en la conducta del mismo privado que, precisamente, había tenido la suerte de recibir un pago de la misma entidad en la que se desempeñaba el funcionario al que le hizo el depósito, a pesar de nunca haber entregado las bolsas de cemento que se comprometió a entregar.

Pero en otros casos no hay una repartición del producto del delito entre el *extraneus* y el *intraneus* tan evidente, y es precisamente ahí en donde es más necesario que nunca hacer un uso cuidadoso de la prueba indiciaria, que permita aseverar o descartar la existencia de un acuerdo colusorio.

e) *La ausencia de los requisitos administrativos del postor seleccionado para contratar será más relevante si éstos guardan relación directa con los incumplimientos*

---

<sup>181</sup> *Supra*, Capítulo 1, numeral 1.2.2. b.

*producidos luego, y a pesar de los cuales cobró su contraprestación o no se le aplicó ninguna penalidad*

Finalmente, en esta tipología figura como indicio secundario el hecho de que el postor haya sido contratado a pesar de no reunir diversos requisitos administrativos necesarios para tal fin. Entre otros pueden listarse como ejemplos el no tener domicilio legal o fiscal, no tener RUC, no estar inscrito en el RNP, haber fingido capacitaciones o cursos para aparentar tener una determinada experiencia, o tener un objeto social que nada tenga que ver con lo requerido por la contratación en el caso concreto.

Aquí, es importante notar que estas irregularidades administrativas generarán mayor convicción en la tesis incriminatoria en la medida en que tengan cierta conexión con los incumplimientos contractuales del privado que luego no fueron penalizados ni impidieron que este cobrara la totalidad del monto del contrato, que es el indicio principal bajo esta tipología.

La inferencia generará mayor verosimilitud si se logran vincular ambas, algo que no siempre va a ser posible. Por ejemplo, la ausencia de RUC, o domicilio legal o fiscal en un proveedor del Estado ciertamente llama la atención, ya que estos son datos básicos que se controlan en cualquier empresa que pretende contratar con el Estado desde el principio. Pero difícilmente estos indicios tendrán una carga indiciaria importante en un caso propio de esta tipología, ya que es improbable que guarden relación con el incumplimiento de las prestaciones a las que el privado se comprometió.

En cambio, las irregularidades vinculadas al objeto social del contratista privado o a la falta de experiencia requerida para realizar las labores concretas tendrán esa capacidad en mayor medida, ya que el pasar por alto estas incrementaba las posibilidades del privado de incumplir sus prestaciones o realizarlas deficientemente, como efectivamente sucedió.

Por ejemplo, un consorcio que no tiene experiencia en la construcción de puentes al cual se le permite postular y ganar la buena pro a pesar de estar dicho requisito contemplado en las bases, tiene mayores probabilidades de que sus integrantes sean procesados por colusión si finalmente el puente termina siendo mal construido, y pese a eso se le paga y no se le penaliza. La ligereza para controlar un riesgo que se veía venir y la falta de

reacción una vez que el mismo se materializó sugiere, con mayor carga indiciaria, un acuerdo colusorio como trasfondo.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la inferencia modelo que se propone para esta tipología, con el objetivo de acreditar el acuerdo colusorio partiendo de los hechos indicadores y realizando los descartes exigidos por la estructura de la prueba indiciaria, sería la siguiente:

“Si durante la ejecución de una prestación contractual el particular incurre en una falta relevante y/o incumple de manera clara y notoria obligaciones contractuales trascendentes sin controvertir ni justificar ni compensar razonablemente dicho incumplimiento, y/o las autoridades a cargo de la supervisión del contrato no lo sancionan y/o le pagan de forma regular a pesar de notar que había incurrido en las mismas y de tener un deber fiscalizador al respecto, Y además (pero no necesariamente), -el privado no reúne requisitos administrativos que, de haber sido controlados oportunamente, habrían impedido su participación en el proceso de contratación, y de preferencia, habrían permitido anticipar una alta probabilidad de incumplir su prestación del modo en que la terminó incumpliendo Entonces, es probable que ello se deba a que existió un acuerdo colusorio entre el particular y los funcionarios encargados.”

### **3.2.3 En los casos de empleo de testaferros para encubrir al verdadero contratista o la verdadera naturaleza del bien adquirido, o contratación con familiares de funcionarios de la entidad (tipología 3)**

En punto a establecer un modelo de inferencia para los casos agrupados bajo esta tipología se proponen los siguientes criterios, de modo que los indicios o hechos indicadores principales puedan servir para construir una inferencia convincente.

- a) El vínculo entre el particular contratista y el funcionario del cual es testaferro debe ser previo o cuando menos concomitante al momento de la contratación*

Un primer elemento a descartar en este grupo de casos es que el vínculo entre el privado que hace las veces de testaferro del funcionario –cuando hay un testaferro-, y el

funcionario que se oculta tras él, sea previo a la contratación, o cuando menos se haya llevado a cabo de manera casi simultánea a ésta, como sucedió en el caso resuelto mediante el R.N N° 4741-2006-Cusco<sup>182</sup>.

Como las investigaciones por colusión en no pocas ocasiones son bastante posteriores a los hechos, se generan situaciones en las cuales es posible que el vínculo entre el privado y el funcionario del cual es supuestamente testaferro se haya producido, en realidad, con posterioridad al proceso de contratación cuestionado. Por ende, una primera prioridad en un caso propio de esta tipología es fijar, con evidencia, desde cuándo existe el vínculo entre el privado y el funcionario, y descartar que no sea posterior a la contratación.

- b) El funcionario público del cual el particular es testaferro o familiar debe tener algún grado de influencia en la entidad que decide la contratación, sin que esto signifique necesariamente que deba trabajar en ella u ocupar necesariamente una posición de jerarquía*

Otro factor importante a destacar en un caso de este tipo es que el funcionario, del cual el particular es supuestamente solo un testaferro, o en ocasiones alguien con un vínculo familiar directo, debe tener algún grado de influencia en la entidad pública que tiene a su cargo el proceso de contratación. Mientras mayor sea la influencia que tenga, más consistencia y carga indiciaria adquirirá la hipótesis de que el privado solo cumplía la función de ocultar su participación en la contratación.

Es relevante puntualizar aquí que el funcionario al que el particular intenta ocultar no tiene que pertenecer necesariamente a la entidad pública que realiza el proceso de contratación. Puede, por supuesto, tratarse de un funcionario de alto rango de la propia entidad, como el alcalde o el gobernador regional en municipios y gobiernos regionales, respectivamente<sup>183</sup>.

---

<sup>182</sup> Ver *Supra*, capítulo 1 numeral 1.2.2 literal “c”, en donde se hace una descripción más detallada del caso.

<sup>183</sup> Ya existen en la doctrina local elaboraciones que fundamentan una imputación por colusión en comisión por omisión a los altos funcionarios basada en i) la existencia de un deber de supervisión y control por parte de éstos, que se conserva en su forma más esencial pese a las delegaciones y que, al ser infringido, eleva el riesgo de que los subordinados actúen en colusión y ii) la vulnerabilidad que el bien jurídico “correcto funcionamiento de la administración pública” ostenta frente a ellos. Véase: GUIMARAY MORI, Erick y RODRIGUEZ VÁSQUEZ, Julio. *Colusión por comisión por omisión: el caso de los Alcaldes y los Presidentes regionales*. En: Ius et Veritas N° 51. Asociación Civil Ius et Veritas, Lima, 2015, pags. 292, 294-295. Si esto es así, con mayor razón el funcionario de alto rango de la institución responderá cuando sea él quien directamente origina el riesgo para el bien jurídico, al coordinar con un privado para que éste pretenda ser el dueño de una empresa que en realidad es suya, y luego usar sus influencias para que esa empresa sea seleccionada para contratar con el Estado.



Pero basta con que se trate de un funcionario de otra entidad con el suficiente poder político o las relaciones de influencia adecuadas para conseguir direccionar el proceso de contratación en la dirección del testaferro. De darse este último caso, dicho funcionario respondería, como mínimo, como instigador.

Un congresista, por ejemplo, o un miembro del Poder Ejecutivo, Judicial, o de cualquier otra entidad pública, podría usar su poder político o influencia para lograr que una empresa en donde tenga o haya tenido una participación en los 12 meses previos al proceso de contratación sea seleccionada como proveedora del Estado. Si bien la normativa es clara en prohibir que un funcionario o sus familiares hasta el segundo grado de consanguinidad contraten directa o indirectamente con el Estado<sup>184</sup>, si las acciones de la empresa contratista se colocan a nombre de un tercero esta situación no podrá ser detectada con facilidad.

Ahora bien, el grado de influencia que tenga el funcionario que intenta ocultar su real participación en la contratación a través de un testaferro no tiene que determinarse solo en base a la jerarquía o posición funcional de éste. El servidor que se oculta detrás del testaferro puede ser un funcionario de bajo rango, pero con afinidad o amistad con alguien de mayor importancia, que pueda influir en el proceso de contratación por él.

---

<sup>184</sup> **Artículo 11° de la LCE (Ley 30225). Impedimentos:**

*11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, las siguientes personas:*

*(...)*

*e) Durante el ejercicio del cargo los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado a dedicación exclusiva, y respecto a la Entidad a la que pertenecen, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo. En el caso de los directores de las empresas del Estado, el impedimento aplica, en la empresa a la que pertenecen, hasta (12) meses después de haber dejado el cargo.*

*f) En la Entidad a la que pertenecen, quienes por el cargo o la función que desempeñan tienen influencia, poder de decisión, o información privilegiada sobre el proceso de contratación o conflictos de intereses, hasta (12) meses después de haber dejado el cargo.*

*(...)*

*h) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas naturales señaladas en los literales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.*

*i) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas en las que aquellas tengan o hayan tenido una participación superior al treinta por ciento (30%) del capital o patrimonio social, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección.*

Lo importante es que tenga alguna forma de ocasionar un direccionamiento en el proceso de contratación, ya sea directamente o mediante terceros, a pesar de no intervenir formalmente como proveedor particular en el proceso de contratación o la operación económica respectiva.

- c) El impedimento legal para que el funcionario que se oculta tras el testaferro contrate con el Estado no debe ser entendido como una condición indispensable para dotar de relevancia indiciaria la relación entre ambos*

Una cuestión a considerar, también en esta tipología, es el impacto en la carga indiciaria de la existencia o no de un impedimento legal para contratar con el Estado en cabeza del funcionario que presuntamente está empleando a un particular como testaferro para que participe en un proceso de contratación de una entidad pública.

Dicho de otro modo, ¿si el funcionario que presuntamente está empleando a un testaferro para contratar con el Estado no está impedido de hacerlo directamente, eso quiere decir que la relación que pueda existir entre ambos carece de toda relevancia indiciaria de cara al delito de colusión?

La respuesta es negativa. Es cierto que los impedimentos para contratar previstos en el artículo 11º de la LCE son varios y tienen una cláusula bastante amplia que permite considerar prohibidos básicamente todos los casos de empleo de testaferros, a condición de que el sujeto que se esconde tras éste sea alguien impedido de contratar con el Estado<sup>185</sup>.

El problema surge, precisamente, cuando quien se encuentra tras el testaferro es un sujeto no impedido de contratar con el Estado pero que tiene un poder de influencia en personas capaces de direccionar el proceso de contratación en favor de su empresa similar al que tienen los que sí están impedidos.

---

<sup>185</sup> **Artículo 11º de la LCE (Ley 30225). Impedimentos:**  
(...)

*o) Las personas naturales o jurídicas a través de las cuales, por razón de las personas que las representan, las constituyen o participan en su accionariado o cualquier otra circunstancia comprobable se determine que son continuación, derivación, sucesión, o testaferro, de otra persona impedida o inhabilitada, o que de alguna manera esta posee su control efectivo, independientemente de la forma jurídica empleada para eludir dicha restricción, tales como fusión, escisión, reorganización, transformación o similares.*

Precisamente porque es notorio que tiene esta capacidad, este particular prefiere servirse de un privado que sea la cara visible de la empresa contratista en su lugar. Alguien que haga las veces de dueño y representante de la empresa, para que él pueda usar su influencia sobre el titular de la entidad sin despertar sospechas.

Piénsese, por ejemplo, en el caso del padrino del hijo del titular de una entidad pública, que tiene una empresa que vende material de ferretería. Este sujeto tiene un grado de influencia importante sobre el titular de la entidad –al ser padrino de su hijo- quien, a su vez, tiene un grado de influencia relevante sobre los sujetos que dirigen el proceso de contratación pública. A pesar de eso, no está incluido en la lista de los sujetos impedidos de contratar con el Estado descrita por el artículo 11° de la actual LCE.

En un caso como ese, el descubrir la relación entre este sujeto, el titular de la entidad y el privado que aparenta ser el titular de la empresa contratista con el Estado es un indicio no desdeñable, ya que justamente permitiría considerar razonablemente que el titular de la entidad podría haber intervenido en favor de la empresa del padrino de su hijo.

En consecuencia, y a pesar de la interpretación que hayan hecho sobre este punto los tribunales peruanos, el hecho de que el hombre que se oculta tras el testaferro no esté impedido de contratar directamente con el Estado no necesariamente le quita relevancia indiciaria al descubrimiento de la relación entre ambos, de cara al delito de colusión.

*d) El supuesto sobreprecio debe calcularse en base a los precios de mercado en vigor al momento de los hechos y las cotizaciones de los otros concursantes, mientras que las infracciones administrativas deben tender a favorecer exclusivamente a la empresa del testaferro*

La relevancia indiciaria de los sobreprecios, que constituyen indicios secundarios en todas las tipologías, debe evaluarse considerando las mismas pautas señaladas anteriormente en los casos correspondientes a la tipología 1, por lo que me remito a éstas.

Más interesante es detenerse a considerar la existencia de infracciones administrativas cometidas para favorecer al privado testaferro en el marco del proceso de contratación, y los criterios a tener en cuenta para poder usarlas de forma útil al momento de formular la inferencia. Estos indicios cobran especial trascendencia porque si bien la existencia

comprobada de un testaferro puede ser sumamente sugerente, el delito requiere la acreditación de un acuerdo colusorio, que no es lo mismo.

En este sentido, las infracciones tendrán mayor carga indiciaria en esta tipología si solo favorecen a la empresa del testaferro y no mejoran la posición en el proceso de contratación de las demás empresas competidoras. Por el contrario, si afectan a todos los competidores por igual será más razonable considerarlas como un mero error, en lugar de la ejecución de un acuerdo colusorio previo.

Ahora bien, dado que más adelante se dedica un apartado a analizar solamente la cuestión de la carga indiciaria de las infracciones administrativas en los casos de colusión y proponer criterios para valorarlas, el análisis de las pautas a tener en cuenta al hacerlo para fundamentar apropiadamente una decisión basada en prueba por indicios se dejará para ese momento.

Considerando todo lo dicho hasta aquí sobre las pautas para valorar los indicios propios de esta tipología, la inferencia modelo que se propone es la siguiente:

“Si un particular o un funcionario público que tenga vínculos relevantes con algún funcionario con capacidad para influir en los procesos de contratación de una entidad pública, ya sea que esté impedido o no de contratar directamente con esta, se sirve de un testaferro para ocultar su participación en la empresa contratista y/o contrata directamente con la entidad a pesar de trabajar en ella

Y además (pero no necesariamente) el proceso de contratación es manipulado en su favor y/o

su empresa cobra a la entidad un precio notoriamente por encima del valor de mercado por los bienes ofertados

Entonces es probable que esto se deba a la existencia de un acuerdo colusorio previo entre los funcionarios involucrados y el particular.”

### 3.2.4 En los casos de selección deliberada del postor que no ofrecía las condiciones más ventajosas calificándolo de manera parcializada en el proceso de contratación (tipología 4)

En esta tipología, los criterios que se proponen para poder formular una inferencia más sólida, realizando los descartes necesarios para suprimir las alternativas no incriminatorias, son los siguientes:

- a) *El juicio sobre la supuesta conveniencia de adquirir los bienes y/o servicios al postor elegido no debe limitarse a comparar precios, sino que debe abarcar todas las condiciones relevantes para la operación económica en la medida en que el proceso de selección concreto lo permita*

Un primer criterio a tener en consideración para valorar la carga indiciaria de este hecho indicador -que es uno de los más importantes de esta tipología- es que las razones por las que se opta por la oferta de un postor en desmedro de otros pueden ser complejas y variadas, y no siempre están limitadas únicamente a un análisis de precios. Los factores de evaluación dependen del tipo de proceso de selección que se esté realizando.

En las licitaciones de bienes u obras, por ejemplo, puede darse el caso de que la evaluación del precio sea el único factor de evaluación, pero también puede suceder lo contrario<sup>186</sup>. Esto se debe a que comprar lo más barato puede terminar siendo una decisión sumamente onerosa para una entidad pública a mediano o largo plazo, siendo más razonable considerar otros factores antes de hacer la adquisición. En cambio, en los procesos de selección conocidos como “comparación de precios” y “subasta inversa electrónica” es obligatorio otorgarle la buena pro a la cotización que sea la de menor precio<sup>187</sup>.

---

<sup>186</sup> **Artículo 54° del RLCE (Decreto Supremo 350-2015-EF).- Evaluación de las ofertas:** (...) 54.5. *Tratándose de bienes, para determinar la oferta con el mejor puntaje, se toma en cuenta lo siguiente:*

a) *Cuando la evaluación del precio sea el único factor, se le otorga el máximo puntaje a la oferta de precio más bajo y otorga a las demás ofertas puntajes inversamente proporcionales a sus respectivos precios (...)*  
b) *Cuando existan otros factores de evaluación además del precio, aquella que resulte con el mejor puntaje, en función de los criterios y procedimientos de evaluación enunciados en las bases. (...)*

54.6 *En el caso de obras, para determinar la oferta con mejor puntaje, se toma en cuenta lo siguiente:*

a) *Cuando la evaluación del precio sea el único factor, el comité de selección evalúa las ofertas económicas, asignando un puntaje de cien (100) a la oferta más próxima al promedio de las ofertas admitidas que quedan en competencia, incluyendo el valor referencial, y otorga a las demás ofertas puntajes, según la siguiente fórmula: (...)*

b) *Cuando existan otros factores de evaluación además del precio, aquella que resulte con el mejor puntaje, en función de los criterios y procedimientos de evaluación enunciados en las bases. La evaluación del precio se sujeta a la aplicación de la fórmula prevista en el literal anterior.*

<sup>187</sup> **Artículo 77° del RLCE (Decreto Supremo 350-2015-EF).-Procedimiento:** 77.1. *Emitido el informe favorable, el órgano encargado de las contrataciones debe solicitar y obtener, de forma física o electrónica, un mínimo de tres (3) cotizaciones que cumplan con lo previsto en la solicitud de cotización,*



Asimismo, existen procesos de selección en los que las evaluaciones de las ofertas técnicas y económicas se realizan por separado, pero los puntajes obtenidos en ambas evaluaciones se suman en la fórmula final para obtener al ganador (consultorías en general y consultorías de obras en “concursos públicos” o “adjudicaciones simplificadas”)<sup>188</sup>. De ser este el caso, es posible que a pesar de que un postor tenga el mejor precio, su puntaje en la evaluación técnica sea inferior al de otro con un precio más oneroso pero mejores condiciones, resultando ganador el segundo.

Hay también procesos de selección en los que el postor no tiene la posibilidad de presentar una oferta económica, porque la cantidad a pagar por el servicio está preestablecida por la entidad y no está sujeta a negociación, como el de “selección de consultores individuales”<sup>189</sup>. En estos casos el precio no juega ningún rol en la evaluación.

Finalmente, en los casos de “contrataciones directas” la entidad pública no está obligada a realizar un proceso de selección para elegir a un postor y puede contratarlo directamente. Sin embargo, luego de la aprobación de la contratación directa se tendría que dejar constancia, en el contrato o en algún otro documento, de que el proveedor elegido satisface los requisitos de las bases.

Eso supone fundamentar mínimamente por qué se eligió a dicho postor, particularmente cuando en el mercado era notorio que otros ofrecían el mismo bien o servicio y cumplían los requisitos de las bases a un precio inferior. Esta parece ser la única forma de garantizar

---

*las que deben acompañarse con declaraciones juradas de los proveedores de no encontrarse impedidos para contratar con el Estado. La Entidad otorga la buena pro a la cotización de menor precio, debiendo verificar previamente que el proveedor cuente con inscripción vigente en el RNP.*

(...)

**Artículo 78° del RLCE (Decreto Supremo 350-2015-EF).-Definición:** 78.1. *Mediante Subasta Inversa Electrónica se contratan bienes y servicios comunes. El postor ganador es aquel que oferte el menor precio por los bienes y/o servicios objeto de dicha Subasta. El acceso al procedimiento de Subasta Inversa Electrónica se realiza a través del SEACE.*

(...)

<sup>188</sup> Véanse los artículos 64° y 67° del RLCE (Decreto Supremo 350-2015-EF)

<sup>189</sup> Véanse los artículos 72° y 73° del RLCE (Decreto Supremo 350-2015-EF)

el respeto a los principios de libertad de concurrencia, igualdad de trato y competencia<sup>190</sup> en las contrataciones directas, dado que los mismos también le son aplicables<sup>191</sup>.

Ahora bien, cuando el único factor de evaluación es el precio, resulta fácil de comprobar la manipulación del proceso de contratación si los precios de la empresa que resultó ganadora son superiores a los que ofertaron las que terminaron perdiendo, y no existe ninguna justificación especial para esto expresada por el comité de selección o el órgano encargado de la contratación.

Sin embargo, dentro de esta misma tipología resultan bastante más difíciles de detectar aquellos supuestos en los cuales al interior del propio proceso de selección la aplicación de los criterios de evaluación ya existentes es manipulada para favorecer a una empresa determinada. Esta clase de maniobras requieren de un cierto nivel de conocimiento técnico, ya que habitualmente el empleo parcializado de un determinado criterio de calificación no es evidente, y a primera vista puede no quedar claro si la propuesta, pese a su precio superior al de los demás, realmente tenía elementos que la hacían objetivamente preferible a las otras.

Por ello, siempre que el proceso de contratación que esté bajo sospecha de colusión sea uno en el cual la decisión de contratar al postor haya estado basada en factores adicionales o distintos al precio, será necesario profundizar en éstos para poder formarse una opinión acerca de la verdadera relevancia indiciaria del hecho de que se haya optado por una oferta que, a primera vista, parece ser más cara y menos conveniente que la de otro.

---

<sup>190</sup> **Artículo 2º de la LCE (Ley 30225).- Principios que rigen las contrataciones: (...)**

*a) Libertad de concurrencia. (...) Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores.*

*b) Igualdad de trato. Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva.*

*(...)*

*e) Competencia. Los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.*

<sup>191</sup> PEDRESCHI GARCÉS, Willy. Op.cit, p. 165.

Algunas de las variables, adicionales al precio concreto del bien o servicio ofertado, que se deben tener en cuenta al momento de evaluar la justificación de la decisión de contratar con un postor a pesar de que ofrecía un precio más caro que otros son las siguientes:

- El plazo de garantía
- La disponibilidad y viabilidad de conseguir repuestos
- El costo de transporte del bien o del personal desde su lugar de origen hasta el lugar en donde se requieren, y quién lo asumiría
- El tiempo que tomaría transportar los bienes y/o el personal hasta el lugar donde la entidad necesita que estén
- La calidad del bien a mediano y largo plazo
- Tratándose de equipos o maquinarias, la familiaridad del personal para operarla y la posibilidad de que la compra incluya capacitaciones
- El plazo de entrega de los bienes
- El impacto medioambiental del producto, etc.

La lista previa es referencial, y solo algunos de sus elementos están contemplados en el RLCE para casos de compras de bienes, servicios, situaciones mixtas y ejecución de obras, aunque la norma tiene una cláusula abierta para incluir cualquier factor de evaluación previsto en los documentos estándar aprobados por el OSCE<sup>192</sup>. En algunos determinados procesos de selección la evaluación de los factores técnicos y económicos se realiza por separado<sup>193</sup>.

Es claro que los factores adicionales más importantes que el precio de los bienes o servicios ofertados pueden ser muchos más, llevando legítimamente a una entidad a preferir pagar más en el corto plazo, pero a cambio de obtener más beneficios en el mediano o largo. Sin embargo, la rigidez propia de los procesos de selección impide a las

---

<sup>192</sup> **Artículo 30° del RLCE (Decreto Supremo 350-2015-EF).-Factores de evaluación:** (...) 30.2. *En el caso de bienes, servicios en general, modalidad mixta y obras, el precio debe ser un factor de evaluación y, adicionalmente, pueden establecerse los siguientes factores:*

a) *El plazo para la entrega de los bienes o la prestación de los servicios;*  
b) *Las características particulares que se ofrecen para el objeto de contratación, como pueden ser las relacionadas a la sostenibilidad ambiental o social, mejoras para bienes y servicios, entre otras;*  
c) *Garantía comercial y/o de fábrica; y,*  
d) *Otros factores que se prevean en los documentos estándar que aprueba el OSCE.*

*Los factores de evaluación señalados deben ser objetivos. (...)*

<sup>193</sup> Es el caso de los concursos públicos referidos a la contratación de consultoría en general y consultoría de obras, de acuerdo a lo previsto en los artículos 63° y 64° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

entidades públicas incluir en sus bases factores de evaluación diferentes a los previstos en las bases estándar u otros documentos similares aprobados por el OSCE, de acuerdo a la Dirección Técnico-Normativa de esta entidad<sup>194</sup>.

Esto plantea una problemática interesante, ya que podría darse el caso de que una entidad pública incluya factores de evaluación no previstos ni en el RLCE, ni en los documentos estándar del OSCE. En ese supuesto, el solo empleo de dichos factores no debería tomarse como un indicador inequívoco de colusión, sino que más bien será necesario evaluar si su empleo resultó irrazonable de cara al sentido económico del contrato y sirvió para favorecer a un postor determinado, o no. Solo en el primer supuesto su carga indiciaria respecto del delito debería considerarse relevante. Pero en el segundo, la inclusión del requisito debería entenderse como una simple infracción administrativa, sin relevancia penal.

Lo anterior demuestra que un paso previo a cualquier investigación de colusión que se pretenda emprender tiene que ser el comprender el sentido económico de la operación o del contrato que está bajo sospecha de colusión. Si no se parte de ese paso previo, se pierde el parámetro de referencia para establecer qué prácticas son regulares y qué prácticas pueden ser indicativas de colusión.

Ahora bien, las bases del proceso de contratación serán, por regla general, el documento en el cual la relevancia de los factores previamente mencionados que puedan incidir en la decisión distintos al precio deberá estar expresada, aunque en ciertos casos éstas son reemplazadas por otros documentos que cumplen funciones análogas, como la convocatoria en el caso del proceso de “selección de consultores individuales”<sup>195</sup>. No obstante, hay que tener en consideración que no todos los procesos de contratación estatal implican el uso de bases, ya que hay varios supuestos en los cuales la LCE no obliga a realizar un proceso de selección para adquirir el bien o servicio requerido<sup>196</sup>.

---

<sup>194</sup> Véase el numeral 2.1.3 de la Opinión 144-2016 emitida por la Dirección Técnico-Normativa del OSCE, del 26 de agosto del 2016: *“Es preciso señalar que no existe la posibilidad de que el comité de selección pueda incorporar algún factor de evaluación distinto a los previstos en las bases estándar u otro documento estándar aprobado por el OSCE.”*

<sup>195</sup> **Artículo 72° del RLCE (Decreto Supremo 350-2015-EF).- Convocatoria:** *El comité de selección realiza una convocatoria pública a través del SEACE solicitando la presentación de expresiones de interés, para lo cual establece un plazo máximo de presentación. Dicha convocatoria contiene los términos de referencia del servicio requerido, que incluye el perfil del consultor.*

<sup>196</sup> Véanse artículos 4° y 5° de la LCE (Ley 30225).

Esto deja espacio para que en determinados contratos públicos, como aquellos en los cuales el monto total es inferior o igual a 8 UITs por ejemplo, no necesariamente se empleen bases o documentos similares en los que se consignen detalladamente los factores de evaluación o los mecanismos de asignación de puntaje para la toma de la decisión sobre con quién contratar. No hay obligación formal de elaborarlas, ni de incluir obligatoriamente determinados datos en ellas, contrariamente a lo que sucede en los casos de procesos de contratación directa, donde esta obligación subsiste.

Se entiende que en esos supuestos será el contrato el que determinará los detalles del bien o servicio requerido, mientras que en otros documentos se deberían explicitar las razones por las que se decidió contratar con un postor determinado, para dejar constancia de que se está respetando el principios de competencia en la contratación pública. Las compras de este tipo, pese a no requerir la aplicación de la LCE, están sujetas a estos principios y a la supervisión del OSCE<sup>197</sup>.

Resumiendo lo anterior, un criterio general para valorar el indicio de que se haya elegido a un postor que ofrecía un determinado bien o servicio a un precio más caro que otros y poder usarlo para construir inferencias sólidas para acreditar el acuerdo colusorio, es tener en consideración si globalmente, y considerando factores adicionales al precio como los ya mencionados, dicho postor no terminaba siendo el más indicado. Si el análisis arroja que ninguno de los factores adicionales al precio justificaba su elección, entonces la carga indiciaria del indicio será mayor.

- b) Las justificaciones técnicas en base a las cuales se seleccionó a un postor a pesar de que sus precios eran superiores a los de los otros deben haber sido expresamente descartadas y no admitir un margen de discusión razonable*

Con respecto al segundo indicio principal de esta tipología, que es el hecho de que la decisión de contratar con un postor determinado -que ofrecía condiciones que parecen ser peores que las del resto- no haya sido debidamente motivada ni explicada, es importante

---

<sup>197</sup> Esta supervisión se hace efectiva principalmente a través de la obligación que tienen las entidades públicas de publicar en SEACE también las compras que se hagan por un valor entre 1 y 8 UITs, dentro de los 10 primeros días del mes siguiente a la realización de la contratación. Véase la Directiva 006-2016-OSCE/CD emitida por el Consejo Directivo del OSCE, numeral 11.2. Disponible en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Directivas2016/Directiva%20006-2016-OSCE.CD%20Registro%20de%20informacion%20en%20el%20SEACE.pdf>, revisado el 25.3.2018.



tener en cuenta que para que tenga una carga indiciaria importante, la explicación brindada por la entidad no debe admitir un margen de discusión razonable.

Es decir, que si la explicación brindada por los funcionarios de la entidad pública en las actas en las que deciden quién será el postor ganador, y en sus declaraciones durante la investigación, siendo incorrectas o equivocadas, admiten un margen razonable de discusión, habrá que aceptar que la carga indiciaria de la motivación equivocada disminuirá y no será muy intensa. El juicio sobre la existencia de evidencia suficiente para sostener un caso de colusión dependerá en esos casos del resto de indicios existentes.

Si la motivación empleada para asignarle el puntaje al proveedor, por el contrario, no admite ningún margen de razonabilidad y es a todas luces antojadiza, equivocada, y su único efecto es favorecer al postor que salió beneficiado, entonces su carga indiciaria será mucho mayor.

Nuevamente, puede notarse aquí que el hecho de que concurra o no una infracción administrativa no es determinante para conseguir estructurar un razonamiento inferencial idóneo para sustentar una condena por colusión. La elección del postor puede haberse basado en una aplicación errada de los criterios de evaluación técnicos o económicos, y de hecho esta será la explicación más satisfactoria en los casos en los que no sea indudable que la decisión no tenía ningún sustento aceptable.

El indicio, por otro lado, tendrá una carga indiciaria mucho mayor si en lugar de dar una explicación dudosa pero posible sobre por qué se contrató a determinado postor, las evidencias demuestran que no se dejó constancia de ninguna explicación en las actas del proceso de contratación respectivo.

*c) Las deficiencias encontradas en la prestación recibida por la entidad pública generarán mayor convicción como indicios de colusión si son significativas para el sentido de la operación económica y guardan relación con la asignación arbitraria de puntaje al postor ganador*

Finalmente, en lo que respecta a la aceptación de productos o servicios defectuosos y que no cumplen los requisitos de las bases y su valoración como indicios secundarios propios de esta tipología, es importante tener en cuenta como criterio que éstos generarán mayor

convicción si pueden considerarse vinculados a la asignación arbitraria de puntaje que permitió seleccionar al postor ganador.

Por ejemplo, si la evaluación técnica resultó ser favorable al postor ganador de forma irrazonable y luego resulta que éste realiza un servicio deficiente a la entidad justamente porque no reunía los requisitos necesarios para desempeñarse adecuadamente, la deficiencia en la prestación del servicio debería generar mayor convicción dado que corrobora la impresión de que los funcionarios encargados de la contratación pudieron, si hubiesen querido, haber previsto y evitado ese perjuicio.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de un consultor contratado por una entidad pública para hacer un informe sobre la regulación medioambiental de países anglosajones, el cual es extrañamente seleccionado a pesar de no dominar el idioma inglés. Posteriormente, el informe redactado termina siendo casi inservible porque la información requerida es mínima o no aparece por ninguna parte. En ese caso puede apreciarse un vínculo notorio entre la deficiencia en la prestación y la calificación arbitraria otorgada al momento de la selección.

Del mismo modo, las deficiencias en la prestación también tendrán mayor carga de relevancia indiciaria si resultan especialmente notorias y significativas de cara a los fines del contrato, de manera que el hecho de que hayan sido recibidas y el proveedor haya recibido su contraprestación sin problemas sea sugerente. Por el contrario, si las deficiencias gatillaron la imposición de penalidades o cualquier otra medida para compensar el daño sufrido por la entidad pública, la carga indiciaria derivada de éstas disminuirá.

Con respecto a los pagos adelantados no justificados, los criterios aplicables son los mismos ya señalados para las tipologías previas. La recepción del pago será importante aquí también porque, como ya se señaló para casos anteriores, permitirá acreditar la coordinación entre el particular y el funcionario necesarios para un caso de colusión en situaciones en las que las deficiencias en la prestación son indiscutibles.

Si solo pudiera acreditarse una asignación arbitraria de puntaje, entonces el caso estaría más cerca de ser uno de negociación incompatible, ya que no hay forma de vincular al particular con el acto unilateral de calificación que realiza la administración.

Considerando todo lo anterior, el modelo de inferencia que se propone para esta tipología es el siguiente:

“Si en un proceso de contratación pública la entidad elige a un postor que, considerando todas las circunstancias relevantes para la operación económica, ofrecía condiciones menos ventajosas que las ofrecidas por otro(s) sin exponer ninguna explicación técnica para su decisión u ofreciendo alguna que no resiste un análisis mínimo de razonabilidad,

Y además, (aunque no necesariamente)

resulta que la prestación recibida por la entidad no cumplió con los requerimientos de las bases porque presentaba deficiencias significativas, y/o se han realizado pagos injustificados,

Entonces, es probable que todo esto se deba a la existencia de un acuerdo colusorio previo entre los funcionarios involucrados y el particular favorecido.”

### **3.2.5 En los casos de simulación de situaciones de urgencia o excepción para omitir la realización de un proceso de selección y empleo deliberado de tipos de proceso de distintos a los de ley con el fin de favorecer a un postor (tipología 5)**

Con relación a esta tipología, los criterios que deberían tomarse en consideración para poder usarlos al momento de construir inferencias sólidas mediante el descarte de alternativas no incriminatorias, son los siguientes.

- a) La declaración irregular de la situación de emergencia o desabastecimiento será más incriminatoria en la medida en que sea notoria e incluya un apartamiento respecto de sus requisitos esenciales*

Un criterio para valorar la carga indiciaria para el delito de colusión del hecho de que se haya declarado una situación de urgencia o desabastecimiento sin que se reúnan los requisitos legales, es el nivel de apartamiento de la situación real respecto de éstos.

Es posible que la situación de urgencia o desabastecimiento haya sido declarada de forma equivocada y no se hayan seguido adecuadamente los pasos para proceder a una contratación directa. Eso sin duda constituirá una infracción administrativa sancionable de acuerdo a ley. Pero el que esa declaración contraria a ley y el trámite subsiguiente para contratar directamente sea indiciara de colusión o no dependerá en mayor medida de que tan sencillo haya sido, en el caso concreto, percibir que la misma no correspondía.

De forma similar a lo que sucede con la aceptación de prestaciones defectuosas o de incumplimientos contractuales no sancionados con penalidades en algunas de las tipologías previas, aquí la carga indiciaria de la declaración de la situación de urgencia o desabastecimiento de forma contraria a ley aumentará drásticamente en la medida en que sea evidente que no concurrían los requisitos esenciales para realizarla. A un mayor grado de apartamiento de la situación real respecto de la requerida por Ley para declarar una situación de desabastecimiento o urgencia, mayor carga indiciaria de una declaración equivocada como elemento para acreditar la colusión.

El efecto de las declaraciones de urgencia o desabastecimiento, como ya se mencionó, es habilitar a la entidad a contratar con un postor directamente sin pasar por la fase de selección habitual de todo proceso de selección. La lógica detrás de la autorización legal que permite hacerlo es que determinadas coyunturas no pueden esperar a la realización de un proceso de selección para ser atendidas por la entidad pública, la cual a su vez requiere de bienes y servicios para poder lidiar con ella.

A pesar de esto, algunas formalidades siguen siendo necesarias a efectos de poder contratar directamente mediante esta causal, bajo la actual LCE y su Reglamento. De ahí que resulte importante determinar qué apartamientos respecto de las disposiciones administrativas que regulan la declaración de situaciones de emergencia o desabastecimientos resultan suficientemente importantes para considerar que tienen una importante carga indiciaria de colusión.

En el caso de las situaciones de emergencia, debería entenderse que constituyen requisitos esenciales los presupuestos fácticos que habilitan el uso de esta medida, esto es, los hechos o circunstancias que fundamentan la urgencia. El RLCE considera que existen cuatro escenarios que pueden fundamentar dicha declaración: acontecimientos

catastróficos, situaciones que afectan la defensa o seguridad nacional, grave peligro de cualquiera de las dos anteriores, y emergencias sanitarias declaradas por el Ministerio de Salud<sup>198</sup>.

En este sentido, es claro que si en un caso concreto ninguna de estas cuatro circunstancias se produjo sino que fue fingida, ese indicio será mucho más fuerte que si no se cumplieron determinados requisitos formales que, en puridad, también impedirían considerar la declaración de la situación de emergencia y su trámite posterior como idóneas para permitir la contratación directa.

Por ejemplo, el RLCE establece un plazo de 10 hábiles desde que la prestación fuera efectuada para regularizar los documentos necesarios para fundamentar la contratación directa derivada de una situación de emergencia, y otro plazo de 10 hábiles luego de la emisión del documento que apruebe la contratación directa para publicarlos en el SEACE. Del mismo modo, el RLCE también indica que debe emitirse un informe técnico legal previo que sustente la concurrencia de la situación de emergencia que autoriza a la contratación directa, y que antes de celebrar el contrato la contratación debe ser aprobada por la máxima autoridad de la entidad mediante resolución o acuerdo<sup>199</sup>.

---

<sup>198</sup> **Artículo 85° del RLCE (Decreto Supremo 350-2015-EF).- Condiciones para el empleo de la contratación directa:**

(...)

**2. Situación de Emergencia**

*La situación de emergencia se configura por alguno de los siguientes supuestos:*

*a) Acontecimientos catastróficos, que son aquellos de carácter extraordinario ocasionados por la naturaleza o por la acción u omisión del obrar humano que generan daños afectando a una determinada comunidad.*

*b) Situaciones que afectan la defensa o seguridad nacional dirigidas a enfrentar agresiones de orden interno o externo que menoscaben la consecución de los fines del Estado.*

*c) Situaciones que supongan grave peligro, que son aquellas en las que exista la posibilidad debidamente comprobada de que cualquiera de los acontecimientos o situaciones anteriores ocurra de manera inminente.*

*d) Emergencias sanitarias, que son aquellas declaradas por el ente rector del sistema nacional de salud conforme a la ley de la materia.*

<sup>199</sup> **Artículo 86° del Decreto Supremo 350-2015-EF (RLCE).- Aprobación de contrataciones directas:**

(...) **86.2.** *La resolución del Titular de la Entidad o acuerdo de Consejo Regional, Concejo Municipal o Acuerdo de Directorio en caso de empresas del Estado, que apruebe la contratación directa requiere obligatoriamente del respectivo sustento técnico y legal, en el informe o informes previos, que contengan la justificación de la necesidad y procedencia de la contratación directa.*

*Las resoluciones o acuerdos mencionados en el párrafo precedente y los informes que los sustentan, salvo la causal prevista en el inciso d) del artículo 27 de la Ley, se publican a través del SEACE dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su emisión o adopción, según corresponda.*



La violación de algunos de estos requisitos podría dar lugar a la nulidad del contrato celebrado bajo esta modalidad, de acuerdo a la propia LCE<sup>200</sup>. Pero ello no debe llevar a asumir automáticamente que su incumplimiento es un indicio relevante de colusión. Definitivamente no es lo mismo emitir fuera de plazo los documentos que sustentan la contratación directa, que nunca emitirlos.

Si los documentos que deben servir para regularizar la contratación directa derivada de una situación de emergencia nunca se emiten o al hacerlo evidencian gruesas deficiencias en su motivación, ese hecho sí tendría una carga indiciaria relevante de cara al delito de colusión, porque sugiere que nunca hubo una verdadera razón justificada legalmente para ejecutar la contratación de ese modo. Pero si solo se emiten tardíamente, a pesar de que la situación real de urgencia o desabastecimiento en la práctica sí se produjo, ello debería llevar solo a una infracción administrativa, sin mayor relevancia penal.

En cambio, si lo que ocasiona la irregularidad en el trámite de la contratación derivada de la declaración de emergencia es algún requisito no esencial, como la publicación de los documentos respectivos en el SEACE por ejemplo, es claro que esa mera irregularidad no tendría por qué significar un indicio relevante de colusión.

Con respecto al fingimiento de una situación de desabastecimiento, el RLCE actual la define como la ausencia de un bien, servicio o consultoría debido a la ocurrencia de un evento extraordinario e imprevisible, que comprometa la continuidad de las funciones, servicios y operaciones de la entidad estatal. De presentarse ese supuesto, la entidad estará autorizada a contratar directamente solo los bienes o servicios que requiera para salir de dicha situación<sup>201</sup>.

---

<sup>200</sup> **Artículo 44° de la LCE (Ley 30225). Declaratoria de nulidad:**

(...)

*Después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:*

(...)

*d) Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguno de los supuestos que habilitan a la contratación directa.*

(...)

<sup>201</sup> **Artículo 85° del Decreto Supremo 350-2015-EF (RLCE).-Condiciones para el empleo de la contratación directa:** *La Entidad puede contratar directamente con un proveedor solo cuando se configure alguno de los supuestos del artículo 27 de la Ley bajo las condiciones que a continuación se indican:*

(...)

*3. Situación de desabastecimiento*

En estos casos, el elemento esencial de la situación de desabastecimiento que, en caso de no concurrir, podría ser interpretado como un indicio severo de colusión en la contratación directa realizada, es la existencia de una situación extraordinaria e imprevisible que haya puesto en peligro el cumplimiento de las funciones de la entidad estatal.

Si puede acreditarse que esta situación fue deliberadamente generada por las autoridades para proceder a la contratación directa, o que simplemente nunca existió porque la provisión del bien o servicio requerido estaba garantizada, ese hecho sí supondría un indicio muy potente de colusión.

Será necesario, de todos modos, cerciorarse de que no existió un error en la percepción de desabastecimiento, ya que no todos los funcionarios tienen por qué estar al tanto de la cantidad de determinados bienes depositada en almacenes, por ejemplo. Aquí nuevamente será relevante acudir a la determinación de las competencias en base al rol para establecer hasta qué punto determinados funcionarios pueden alegar desconocimiento de una situación o ampararse en el principio de confianza.

Por otro lado, los requisitos para proceder a realizar una contratación directa una vez verificado este supuesto son los mismos que los ya mencionados para la situación de urgencia, con la diferencia de que no se permite aquí la posibilidad de “regularizar” la documentación previa a la realización de la contratación.

Esto quiere decir que necesariamente deben emitirse con anterioridad a la contratación los informes técnico- legales con el sustento para acreditar la causal de desabastecimiento, y la resolución o acuerdo de consejo que aprueban la realización de la contratación directa. Si éstos no son emitidos previamente, la contratación no sería válida y los funcionarios responsables de ella estarían sujetos a responsabilidad administrativa.

---

*La situación de desabastecimiento se configura ante la ausencia inminente de determinado bien, servicio en general o consultoría, debido a la ocurrencia de una situación extraordinaria e imprevisible, que compromete la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones que la Entidad tiene a su cargo.*

*Dicha situación faculta a la Entidad a contratar bienes y servicios solo por el tiempo y/o cantidad necesario para resolver la situación y llevar a cabo el procedimiento de selección que corresponda.*

*(...)*

¿Significa ello que la no emisión oportuna de esos documentos es un indicio claro de colusión? No necesariamente. Como ya se señaló, si la situación de desabastecimiento es real, el hecho de que los documentos necesarios para sustentar la contratación directa necesaria no se hayan emitido cuando debieron no debería ser considerado un indicio de peso en una investigación por colusión. Lo fundamental deberá ser corroborar que efectivamente la entidad carezca en el momento de un bien o servicio necesario para que pueda seguir cumpliendo sus funciones.

Ahora bien, al igual que en el caso de las contrataciones directas derivadas de una situación de urgencia, no es lo mismo que los documentos que sustentan la contratación directa producto del desabastecimiento no se emitan dentro del plazo, a que no se emitan nunca, o que al hacerlo evidencien serias deficiencias en la motivación. En los dos últimos casos puede hablarse de un indicio de colusión bastante más fuerte.

- b) Mientras más precarias sean las condiciones del postor con el que se contrató de forma directa, más convincente será la tesis de que se forzó la situación de desabastecimiento o emergencia solo para poder contratarlo*

Otro criterio para valorar el segundo indicio más importante de esta tipología, que consiste en que el contratista privado sea uno que probablemente no hubiese logrado contratar con el Estado de no ser porque la situación de urgencia o desabastecimiento permitió contratarlo directamente, es que éste sea uno que realmente carezca de experiencia o recursos que le habrían permitido ganar el proceso de selección de todas formas, en caso hubiese habido uno.

La inferencia derivada de los hechos indiciarios propios de esta tipología cobrará mayor fuerza si el contratista privado es una empresa que carecía de recursos para ofrecer el bien requerido por la entidad a un precio competitivo, por ejemplo, o de los técnicos y profesionales necesarios para ejecutar la obra (teniendo que tercerizar en otras empresas buena parte del trabajo, por ejemplo).

Esto se debe a que dicha circunstancia reforzaría la impresión de que la empresa no hubiese podido ganar si no se hubiese realizado una maniobra para contratarla directamente, con lo cual el carácter fraudulento de la declaración de emergencia o desabastecimiento y el trámite subsecuente queda reforzado.

- c) *La realización de maniobras de “fraccionamiento” cobrará mayor carga indiciaria cuando sea contraria al sentido de la operación económica realizada por generarle costos mayores a la entidad o suponga menor supervisión*

Otros de los indicios principales frecuentes en esta tipología es el empleo de procesos de selección que no correspondían en el caso concreto, con el fin de facilitar su direccionamiento en beneficio de un proveedor determinado.

A la práctica de dividir un proceso de selección grande por su monto (una licitación pública, por ejemplo, que de acuerdo a la LDPSP procede si el valor referencial es igual o mayor a 1,800,000.00 soles para el caso de obras e igual o mayor a 400,000.00 soles para el caso de contratación de bienes<sup>202</sup>) en varios de montos más pequeños y con menos controles –y por ende más sencillos de direccionar-, se le conoce con el nombre de “fraccionamiento”, y se encuentra expresamente prohibida por ley<sup>203</sup>, salvo excepciones<sup>204</sup>.

En los casos en los que se detecten maniobras de ese tipo y éstas constituyan el indicio central del caso de colusión, lo importante será determinar la inconveniencia de operar de esa manera para la entidad pública, y no solo centrarse en el hecho de que se está procediendo de forma contraria a la LCE. Esto último por si solo, y como sucede con el resto de infracciones administrativas, no tiene un valor determinante para el caso penal.

En cambio, si el razonamiento indiciario incluye explícitamente elementos que pueden poner de manifiesto las ventajas, en términos de facilidad de direccionamiento, que ofrecían los procesos de selección por los que se reemplazó el que correspondía según ley, y el modo como éstas se emplearon para proceder al direccionamiento, la carga indiciaria del hecho de aplicar un proceso de selección distinto se vuelve mayor.

---

<sup>202</sup> Véase el artículo 16° de la LDPSP (Ley 30693)

<sup>203</sup> Véase el artículo 20° de la LCE (Ley 30225)

<sup>204</sup> **Artículo 19°.2 del RLCE (Decreto Supremo 350-2015):** 19.2. *No se incurre en prohibición de fraccionamiento cuando:*

a) *Se contraten bienes o servicios idénticos a los contratados anteriormente durante el mismo ejercicio fiscal, cuando la contratación completa no se pudo realizar en su oportunidad, debido a que no se contaba con los recursos disponibles suficientes para realizar dicha contratación completa, o surge una necesidad imprevisible adicional a la programada.*

b) *La contratación se efectúe a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, salvo en los casos que determine el OSCE.*

La pregunta, al trabajar con este indicio, debe ser entonces: ¿Qué ventajas o facilidades ganaban los funcionarios coludidos al emplear el o los proceso de selección que se utilizaron, en lugar del que mandaba la ley? Las respuestas pueden ser muy variadas, pero deben constar en el razonamiento probatorio.

Por ejemplo, si una contratación mayor se divide en compras con montos inferiores a 8 UITs, sería posible prescindir de la aplicación de la LCE respecto de ellas. Eso supone, entre otras ventajas, la posibilidad de elegir directamente al proveedor, intentando siempre elegir la opción más conveniente en el mercado (en virtud del principio de eficacia y eficiencia) pero sin estar obligado a acreditar la comparación de varias ofertas. Es un caso claro en donde el fraccionamiento facilita el direccionamiento.

Sin embargo, no siempre será así. En la actual LCE, buena parte de las reglas previstas para la licitación pública, que en principio es el proceso de selección más tuitivo para los intereses del Estado, se aplican también a los procesos de concurso público e incluso adjudicación simplificada. Por lo tanto, el análisis en torno a cuál fue la ventaja que se obtuvo usando un proceso de simplificación que no correspondía deberá más fino.

Otro elemento que puede ayudar a dotar de mayor solidez la inferencia extraída a partir de este hecho indicador es que la compra fraccionada o empleando el proceso de selección que no correspondía suponga, a la larga, un costo mayor para la entidad. De ser este el caso, tendrá más sentido suponer que los fines que motivaron el uso de un proceso de selección distinto al que mandaba la ley estaban vinculados a la ejecución de un acuerdo colusorio.

Especialmente en lo que respecta a la compra de bienes, habitualmente hay mayores posibilidades de obtener un precio mejor si se compra en grandes cantidades, por lo que este criterio también debería tenerse presente al momento de analizar el indicio señalado.

*d) La recepción de prestaciones defectuosas y/o la realización de pagos injustificados cobrará mayor fuerza indiciaria si no es motivo de penalidades o reclamos, medidas disciplinarias por parte de la entidad*



Finalmente, con relación a los indicios secundarios presentes en esta tipología, los criterios ya mencionados para las previas se mantienen. No obstante, vale la pena tener en cuenta que si la entidad pública no realiza ninguna acción tendiente a sancionar a los funcionarios que, teniendo un deber de fiscalizar la ejecución de los contratos, permiten que el contratista privado reciba su pago y no sea penalizado a pesar de haber incumplido gravemente el contrato, esa omisión podrá ser tomada válidamente en cuenta como un indicio relevante de colusión entre éstos y el privado.

Tomando en consideración todo lo anterior, el modelo de inferencia que se propone para esta tipología es el siguiente:

“Si una entidad pública contrata a un privado directamente en el marco de una situación de emergencia o desabastecimiento simulada

Y además, pero no necesariamente, éste no hubiese estado en condiciones de ganar un proceso de selección normal y/o la entidad recibió una prestación que no cumplió los fines del contrato y/o le hizo pagos injustificados,

Entonces, es probable que ello se deba a la existencia de un acuerdo colusorio entre los funcionarios involucrados y el particular.”

### **3.2.6 En los casos de redacción de las bases “a la medida” de un determinado postor y/o forzamiento de una adjudicación directa declarando desiertos dos concursos previos deliberadamente (tipología 6)**

Los criterios que deberían tomarse en consideración para formular inferencias más sólidas en base a los indicios que definen esta tipología, son los siguientes:

- a) Debe identificarse un estándar de calidad aplicable para el caso concreto a partir del cual se califique a los requisitos “sospechosos” como innecesarios*

El principal indicio de esta tipología consiste en incluir en las bases, o el documento análogo que contenga los términos de referencia, requisitos cuya única función es favorecer al proveedor coludido, de manera que solo él pueda satisfacerlos, y por ende solo él pueda terminar siendo el seleccionado para contratar con el Estado. En ocasiones es relativamente sencillo identificar cuáles requisitos tienen esta única finalidad, ya que su inconsistencia con los fines económicos concretos perseguidos mediante el proceso de contratación es patente.

Por ejemplo, en la sección del capítulo 1 en la que se desarrolla esta tipología, se registra un caso en el cual el Municipio de Tarma buscaba comprar un terreno para construir un mercado mayorista. Sin embargo, en las bases para dicho proceso de contratación se estableció como condición que el terreno estuviera ubicado a una distancia concreta, en metros, de la plaza de armas de la localidad, y en dirección al sector conocido como “la Florida”. Esa distancia, además, terminaba ubicando el terreno en una zona alejada de la ciudad, sin agua potable, alumbrado público o veredas, con lo cual su compra era totalmente disfuncional para los fines perseguidos.

Pese a esto, ese había sido el terreno elegido. Se trataba de un caso con un claro direccionamiento de las bases, ya que el requisito incluido en estas complicaba la consecución de los fines del contrato, y por ende era evidente que su único fin era favorecer al privado.

Pero sucede que no en todos los casos el requisito incluido para direccionar el proceso de contratación en beneficio de un privado va a ser tan llamativo. En ocasiones, este requisito puede hacerse pasar por la exigencia de estándares de calidad elevados, que solo pueden ser cumplidos por determinados postores. Cuando se trata de un caso de este tipo, el análisis indiciario del delito de colusión se complejiza porque, en puridad, el requisito incluido no es disfuncional a los fines del contrato, sino que más bien supone una elevación de los estándares de calidad no necesariamente impropia o innecesaria. Por ejemplo, ¿es pertinente exigir que la empresa proveedora de repuestos para los vehículos de la policía cuente con algún certificado que garantice la calidad de su sistema de gestión, como el ISO 9000?

Por ende, se hace necesario analizar en esos casos cuál era el estándar de calidad respecto del producto o servicio contratado que razonablemente debía exigir una entidad pública. Para esto pueden servir como referencias los procesos de contratación llevados a cabo por otras entidades que adquirieron bienes o servicios similares, o los que haya adquirido la propia entidad con anterioridad. En cualquier caso, el estándar del que se está partiendo debe estar expresamente mencionado en el razonamiento.

Si el análisis arroja que el requisito era claramente innecesario o no guardaba ninguna relación con los estándares de calidad exigibles en el caso concreto, el hecho indicador cobrará mayor fuerza probatoria y estará en mejores condiciones de contribuir a la inferencia para acreditar el acuerdo colusorio. Pero si, en cambio, la entidad puede defender con un margen de razonabilidad la inclusión del requisito, el caso perderá peso ya que la impresión será más bien que el requisito podría haber sido incluido de buena fe.

*b) El análisis también puede incluir los requisitos que se omite colocar en las bases con el fin de favorecer a determinado postor*

Por otro lado, aunque resulte menos frecuente, cabe también la posibilidad de que el modo como las bases pretendan direccionar la contratación a un postor determinado sea omitiendo incluir determinados requisitos necesarios para la contratación en el caso concreto, pero cuya no inclusión le permite a un postor determinado participar del mismo y ganar.

La combinación de estas omisiones con la inclusión de requisitos ajenos a la lógica del proceso es lo que termina generando el efecto de direccionamiento perseguido por los funcionarios coludidos. Conviene entonces revisar los términos de referencia y las bases enfocándose no solo en lo que está, sino también en lo que debería estar y no está. Para ello, es necesario analizar detenidamente los documentos elaborados por el área usuaria, que es la que tiene la responsabilidad de emitir las especificaciones técnicas, los términos de referencia y el expediente técnico.

Al hacer este análisis, es crucial centrarse en la necesidad que dicha área dice tener y contrastarla con las condiciones exigidas en los documentos mencionados. Hay que establecer además cuál es el uso concreto que la entidad quiere hacer respecto del bien solicitado, ya que ello también influye en la determinación de los requisitos que deberían exigirse.

Debido a la dificultad que supone hacer este análisis para abogados sin mayores conocimientos técnicos en la materia, resulta recomendable plantearse desde el principio de la investigación de un caso perteneciente a esta tipología la participación de la CGR,

ya que ella puede ofrecer el respaldo técnico que se requiere para hacer los descartes necesarios en punto a construir un caso sólido.

Finalmente, con respecto a los indicios secundarios presentes en esta tipología, basta con remitirse a los criterios ya mencionados sobre pagos injustificados y aceptación de prestaciones defectuosas o incompletas.

En base a lo anterior, el modelo de inferencia que se propone para esta tipología es el siguiente:

“Si en un proceso de contratación, las bases o sus equivalentes contienen requisitos disfuncionales a los fines del contrato o innecesarios con respecto a los estándares de calidad exigibles en el caso concreto, y/o no contienen los que deberían exigirse, y de eso se desprende una ventaja para uno de los postores sobre sus competidores Y además (pero no necesariamente) se realizan pagos injustificados a ese mismo postor o se aceptan prestaciones defectuosas sin penalizarlo Entonces, es probable que haya existido un acuerdo colusorio entre los funcionarios involucrados y el particular.”

### **3.3 Criterios para la valoración de las infracciones administrativas en el marco de los casos de colusión y su relación con la prueba indiciaria**

Habiendo propuesto ya los criterios de valoración de la prueba indiciaria específicos para cada tipología y los modelos de inferencia que se podrían usar en éstas, es pertinente dedicar las últimas páginas de la investigación a profundizar en la valoración de ciertos elementos que son muy recurrentes en los procesos por colusión, y cuya carga indiciaria ha sido puesta en entredicho en más de una ocasión: las infracciones administrativas.

Hay toda una línea jurisprudencial que señala que este delito no se acredita en función a las infracciones administrativas y que por tanto, el solo hecho de que una de ellas o varias se evidencien en un caso concreto no supone tener evidencia suficiente para una condena penal por colusión<sup>205</sup>. Al mismo tiempo, otras decisiones también han precisado que las

---

<sup>205</sup> Véase por todas: Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 707-2011-Lima, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 7 de marzo del 2012, considerando quinto. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 2368-2011-Cusco, emitida por la Sala Penal Permanente de la

infracciones administrativas sí pueden servir para acreditar una condena, cuando son de determinada magnitud y seriedad<sup>206</sup>.

Debido al contexto formal en el que se lleva a cabo el delito de colusión (operaciones económicas a cargo del Estado como la contratación pública y otras similares), el rastro más frecuente que dejará su comisión casi siempre estará compuesto de una o varias infracciones administrativas.

Esto se debe a que las reglas que regulan la realización de operaciones económicas por el Estado están diseñadas para que los recursos sean asignados de forma objetiva a la opción que resulte más benéfica para los intereses públicos. Exactamente lo contrario sucede cuando un funcionario público se aparta de éstas en virtud de un acuerdo previo con el particular, según el cual éste último debe ser favorecido en el decurso de la operación, sin importar si ello resulta conveniente para la colectividad.

Debido a lo anterior, es importante notar que es imposible cometer el delito de colusión sin que el funcionario público incurra en alguna o varias infracciones administrativas. Cualquier violación al deber de imparcialidad del funcionario público constituye, como mínimo, una infracción al deber de neutralidad contemplado en el Código de Ética de la Función Pública, sancionable mediante la Ley del Servicio Civil<sup>207</sup>. Dado que es

---

Corte Suprema el 9 de agosto del 2012, considerando cuarto. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1397-2011-Ayacucho, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 22 de mayo del 2012, considerando En: ESQUIVEL OVIEDO, Juan Carlos y MURO Rojo, Manuel (comp.). Los delitos contra la Administración Pública en la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, pags. 135, 103 y 110 respectivamente.

<sup>206</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 3043-2010-Lima, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 9 de noviembre del 2011, considerando cuarto. En: Ibidem, p.122. Véase también: Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3044-2012-La Libertad emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 23 de mayo del 2013, considerando cuarto. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>207</sup> **Artículo 7° de la Ley 27815 (Código de Ética de la Función Pública).- Deberes de la Función Pública:** *El servidor público tiene los siguientes deberes:*

*1. Neutralidad*

*Debe actuar con absoluta imparcialidad política, económica o de cualquier otra índole en el desempeño de sus funciones demostrando independencia a sus vinculaciones con personas, partidos políticos o instituciones. (...)*

**Artículo 10° de la Ley 27815 (Código de Ética de la Función Pública).- Sanciones**

*10.1 La transgresión de los principios y deberes establecidos en el Capítulo II y de las prohibiciones señaladas en el Capítulo III, de la presente Ley, se considera infracción al presente Código, generándose responsabilidad pasible de sanción. (...)*

Es importante precisar que de acuerdo a la Resolución de Presidencia Ejecutiva de Servir N° 174-2016-SERVIR-PE, del 7 de octubre del 2016, se formalizó la opinión vinculante adoptada por el Consejo



imposible cometer el delito de colusión sin violar dicho deber, será imposible también cometerlo sin incurrir como mínimo en la infracción respectiva.

Esto no quiere decir, por cierto, que una condena por colusión requiere previamente que se haya sancionado al funcionario por alguna infracción administrativa, o que sea imposible imponerla si dicha sanción no se ha producido –porque nunca se instauró el procedimiento sancionador, por ejemplo, o porque habiéndose instaurado fue descartada-

Por el contrario: como la determinación de hechos a nivel jurisdiccional prima sobre la realizada a nivel administrativo<sup>208</sup>, más bien la existencia de una sentencia condenatoria por colusión debería gatillar, en los casos en los que hacerlo no suponga violar el principio de *ne bis in ídem*<sup>209</sup>, las investigaciones y sanciones administrativas correspondientes.

Dicho esto, lo más frecuente es que la necesidad de honrar el acuerdo colusorio con el particular obligue al funcionario a incurrir en infracciones más específicas a lo largo de la operación económica, con el fin de materializar la concertación en acciones concretas.

Los problemas probatorios a nivel de colusión se presentan, sobre todo, en este segundo plano, ya que sucede muchas veces que el MP distrae su actividad investigativa y probatoria en el juicio oral concentrándose en ellas, sin saber muy bien qué parte de éstas es relevante o cómo aprovecharlas en un caso de colusión.

Esto plantea un problema muy relevante porque, como ya señaló, la colusión es un delito de clandestinidad, con lo cual es frecuente que no exista prueba directa del mismo (si bien, como ya se ha visto, el sistema de justicia tiende a concentrarse en los casos en los que ésta sí existe). Lo que habitualmente nunca va a faltar en un caso de colusión son,

---

Directivo en la Sesión N° 29-2016 de fecha 29 de setiembre de 2016, conforme a la cual las sanciones y el procedimiento disciplinario previstos en la Ley del Servicio Civil y su Reglamento son aplicables a las faltas e infracciones previstas en la Ley del Código de Ética de la Función Pública, las mismas que siguen vigentes.

<sup>208</sup> Al respecto véase: SAN MARTIN CASTRO, César. Op. cit, p. 315-316, comentando la primacía de la jurisdicción penal en el sentido de que el art. 13° de la LOPJ obliga a las entidades administrativas a suspender sus procedimientos cuando hay una cuestión controvertida que debe ser establecida en sede judicial.

<sup>209</sup> En particular, el criterio de la “identidad de efectos” resulta aquí especialmente útil para decidir cuándo corresponde aplicar ambas sanciones. Al respecto véase: GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal Económico. Parte General. 3ra edición. Jurista editores, Lima, 2014, p. 237-238.

precisamente, infracciones administrativas. Por tanto, deberían existir criterios orientadores que desarrollen de qué manera es posible explotarla y cuáles son sus límites. Desde el punto de vista de las reglas probatorias, es posible hacer un símil entre éstas y la declaración testimonial de la víctima en los casos de violación de sexual. De la misma forma en que es imposible cometer colusión sin dejar un rastro de una o varias infracciones administrativas (ya sea que éstas hayan sido sancionadas o no), es imposible cometer una violación sexual sin dejar en la víctima determinados recuerdos que luego ésta describirá en su declaración<sup>210</sup>.

Pese a esto, nuestro sistema solo conoce reglas específicas de valoración probatoria para los casos de violación, y no para los de colusión. Estas reglas específicas han sido plasmadas en distintas Ejecutorias Supremas<sup>211</sup> y Acuerdos Plenarios<sup>212</sup>, y en general indican que dicha declaración puede servir para fundamentar una condena en tanto i) exista ausencia de incredibilidad subjetiva (que no hayan razones para creer que la víctima quiere incriminar al imputado por animadversión o conveniencia) ii) verosimilitud (que la versión haya sido corroborada mínimamente con elementos objetivos periféricos) iii) y coherencia y uniformidad (que no sea fantasiosa y que se mantenga, en tanto sea posible, a lo largo del proceso).

Lo interesante, entonces, es intentar plantear criterios que puedan cumplir una función parecida en el marco del delito de colusión. Antes de esto, sin embargo, es preciso notar que las infracciones administrativas no constituyen medios de prueba, porque son construcciones normativas y no hechos.

Solo los hechos pueden ser materia de prueba, no las calificaciones jurídicas que recaen sobre éstos. En consecuencia, las infracciones administrativas como tales no pueden servir de indicios, sino los hechos en los que éstas se sustentan. Es en esos hechos en los que hay que concentrarse para determinar cuando el sustento fáctico de esas infracciones

---

<sup>210</sup> Incluso en los casos de violación de persona en estado de incapacidad e inconsciencia, siempre hay algún recuerdo útil que la víctima debe tener del momento previo a la violación.

<sup>211</sup> Por todas véase: Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1375-2015-Huanuco, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 20 de marzo del 2017, FJ 8.

<sup>212</sup> Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116 del 6 de diciembre del 2011 emitido en el marco del VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema, FJ 24º.

puede ser útil para el caso de colusión y cuándo no. A mí entender, los criterios para valorar dichos hechos, en cualquier caso de colusión, deberían ser los siguientes:

- a) Trascendencia de cara a una o varias tipologías concretas de colusión y a su capacidad para ocasionarle un beneficio indebido relevante al privado*

Los hechos que dan lugar a las infracciones administrativas no son relevantes para todos los casos de colusión en abstracto, ni de manera general. No todos los hechos que dan lugar a infracciones administrativas pueden ayudar en la acreditación del acuerdo colusorio sin más. Para poder filtrar apropiadamente qué hechos constitutivos de infracciones administrativas son trascendentes para acreditar el delito y cuáles no, es imprescindible tener una idea clara acerca de cuál o cuáles tipologías de colusión se están investigando en el caso concreto.

Buena parte de los indicios considerados principales en las tipologías elaboradas en el capítulo 1 suelen ser calificados como infracciones administrativas. Por ejemplo, la no aplicación de penalidades al privado a pesar de que le correspondían, la celebración de contratos públicos con personas impedidas por ley, la asignación de puntaje de forma tendenciosa para favorecer a un particular, la declaración indebida de situaciones de emergencia o desabastecimiento, entre otras.

Como las tipologías son categorías referenciales y no necesariamente excluyentes entre sí, es posible que un mismo caso acumule varios de los indicios principales que definen las tipologías encontradas. Puede suceder, por tanto, que un postor no haya sido penalizado a pesar de incurrir en un incumplimiento flagrante de sus obligaciones contractuales, haya sido favorecido en la asignación de puntaje durante el proceso de selección para ser seleccionado como contratista, y al mismo tiempo sea testaferro de una persona con influencias en la entidad pública que realiza el concurso. En ese caso, hay tres hechos constitutivos de infracciones administrativas, y los tres contienen una cierta carga indiciaria para acreditar la colusión.

Pero la relevancia de los tres hechos constitutivos de infracciones se desprende de que no son cualquier infracción, ni representan cualquier incumplimiento de la normativa en materia de contrataciones públicas. Son hechos constitutivos de infracciones relevantes

para el delito de colusión de acuerdo a las tipologías, porque la comisión de los mismos supone un beneficio indebido relevante para el privado en el marco de la operación económica.

La no aplicación de la penalidad que le corresponde supone un beneficio indebido para el privado, al igual que el permitirle contratar a él con la entidad a pesar de representar los intereses de alguien que ésta impedido legalmente de hacerlo, o el otorgarle un puntaje inmerecidamente beneficioso al momento de calificar su oferta para que se imponga sobre sus competidores. Sin embargo, no todas las infracciones administrativas que se pueden cometer en el marco de una operación económica ejecutada por el Estado, o de un proceso de contratación, suponen un beneficio indebido para el particular.

Por ejemplo, el procedimiento para la aprobación de adendas en casos de obras por deficiencia en el expediente técnico o situaciones imprevisibles requiere la aprobación del titular de la entidad, el visto bueno de la CGR y, además, que la situación se ponga en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General del Congreso, y del MEF<sup>213</sup>. Si la adenda no se comunica al Congreso ni al MEF, pero sí a la CGR, no parece que de eso se desprenda algún beneficio para el privado, pero sí se cometería una infracción administrativa<sup>214</sup>. Esa infracción, por ende, no tendría por qué tener mayor relevancia indiciaria en un caso de colusión.

---

<sup>213</sup> **Artículo 34° de la LCE (Ley 30225). Modificaciones al contrato:** (...) 34.3 (...) *En el supuesto que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato o por causas no previsibles en el expediente de obra y que no son responsabilidad del contratista, mayores a las establecidas en el párrafo precedente y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas. Para ello se requiere contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emite previa al pago. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. (...)*

<sup>214</sup> **Artículo 6° del Reglamento de Infracciones y Sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control (Decreto Supremo N° 023-2011-PCM).**- *Los funcionarios o servidores públicos incurrir en responsabilidad administrativa funcional por la comisión de infracciones graves o muy graves, relacionadas al incumplimiento de las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades para el desarrollo de sus actividades, así como de las disposiciones internas vinculadas a su actuación funcional, específicamente por:*  
(...)



Lo mismo puede decirse de la inclusión en el comité de selección de un funcionario que haya aprobado el expediente de contratación o los documentos del procedimiento de selección, contraviniendo así el RLCE<sup>215</sup>, salvo que se demuestre que su inclusión se hizo con el mandato específico de favorecer a algún postor.

Los procesos de contratación pública contienen mucha regulación y, dado que el incumplimiento de cualquiera de sus disposiciones regulatorias origina, potencialmente, responsabilidad administrativa, es necesario notar que no todas las infracciones respectivas serán relevantes para un caso penal de colusión.

Esto por supuesto, está condicionado a la teoría del caso que adopte el Fiscal, ya que en ciertos casos podría suceder que infracciones que aparentemente no son relevantes porque no reportan beneficios relevantes al particular sí tengan una importancia por hechos puntuales del caso concreto. Por eso estos criterios son referenciales y no reemplazan el juicio de valor propio que debe hacer el operador al analizar un caso de colusión.

Eso no quita, no obstante, que sea posible adoptar como criterio general de referencia para valorar las infracciones administrativas el de trascendencia según la tipología investigada y la capacidad para ocasionarle un beneficio indebido al privado, con arreglo a las pautas señaladas.

*b) No acumulación meramente cuantitativa de las infracciones*

Otro criterio importante a tener en cuenta al momento de valorar el aporte indiciario al caso de colusión de los hechos constitutivos de infracciones administrativas, es que las distintas infracciones cometidas por distintos funcionarios en un mismo proceso de

---

*e) Disponer, autorizar, aprobar o ejecutar, en perjuicio del Estado e incumpliendo las disposiciones que los regulan, la aprobación, el cambio o la modificación o suscripción de addenda a contratos de cualquier índole. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.*

(...)

<sup>215</sup> **Artículo 24° del Decreto Supremo 350-2015-EF (RLCE) Impedimentos para integrar un comité de selección.-** *Se encuentran impedidos de integrar un comité de selección:*

(...)

*3. Los servidores que por disposición normativa o por delegación hayan aprobado el expediente de contratación, designado el comité de selección, aprobado los documentos del procedimiento de selección o tengan facultades para resolver el recurso de apelación. Este impedimento se circunscribe al proceso de contratación a que se refieren las delegaciones antes señaladas.*



contratación no deben considerarse indicios de colusión por el solo hecho de ser múltiples.

En las investigaciones por este delito sucede que, en ocasiones, varios funcionarios públicos han incurrido en irregularidades administrativas a lo largo de un proceso de contratación. Dado que, como ya se dijo, básicamente cualquier apartamiento de la normativa en materia de contrataciones es potencialmente una infracción administrativa, es perfectamente posible que cuando intervienen diversos funcionarios en el marco de un proceso de contratación éstos cometan distintas infracciones.

La proliferación de infracciones tiende a llamar la atención de la CGR, quien a su vez puede poner los hechos en conocimiento del MP si considera que existen indicios de que se ha cometido algún delito en la operación económica, como colusión. Pero el solo hecho de que distintos funcionarios hayan cometido, sin más, diversas infracciones en la tramitación de un proceso de contratación pública, no debería ser entendido como un indicio relevante de colusión.

La posibilidad de contar con varias infracciones administrativas en el caso de colusión investigado se multiplica cuando la investigación, como suele ser el caso, abarca a todas las personas que intervinieron en el proceso de contratación. Cuando esto suceda, debe tenerse en cuenta que la multiplicidad de infracciones administrativas solo será relevante en la medida en que refleje un actuar coordinado, o una concatenación de maniobras dirigidas a direccionar el proceso de contratación en un sentido determinado, conforme se detalla en el siguiente criterio.

*c) Concatenación para favorecer a un único postor*

Otro criterio importante a tener en consideración al momento de valorar el peso indiciario de los hechos constitutivos de infracciones administrativas en los casos de colusión tiene que ver con que éstas aparezcan como dirigidas todas a favorecer a un mismo particular, ya sea para hacerlo prevalecer sobre sus eventuales competidores, o para impedir que los mecanismos de control y supervisión previstos en la ley se le apliquen y lo puedan perjudicar.

En tal sentido, los hechos constitutivos de infracciones administrativas deben haber servido para promover los intereses del mismo privado en la operación económica. Lo importante es que todos estos hechos estén orientados en la dirección de favorecer a un mismo postor. Consecuentemente, las infracciones administrativas cobrarán mayor fuerza indiciaria cuando sea posible relacionarlas entre sí, de manera que cada una de ellas haya cumplido una tarea específica para beneficiar indebidamente al postor.

Así, por ejemplo, un caso en el cual el puntaje asignado al postor es manipulado de forma arbitraria para que gane, no se le sanciona con una penalidad y se le permite concursar a pesar de no contar con requisitos básicos de admisibilidad como la inscripción en el RNP o la experiencia requerida por las bases, entre otros, resultará mucho más persuasivo que uno en el que simplemente hay distintas infracciones diseminadas de forma aleatoria a lo largo de todo el proceso de contratación.

*d) No realización de procedimientos alternativos razonables para cautelar el interés público*

En ocasiones en las que está comprobado que no se siguieron las pautas establecidas en la normativa respectiva para realizar un proceso de contratación u otra operación económica, debe también tenerse en consideración que el mero incumplimiento de dichas pautas no debe ser entendido automáticamente como un indicio de colusión cuando éstas hayan sido reemplazadas por procedimientos alternativos idóneos para cautelar suficientemente los intereses del Estado.

Por ejemplo, podría darse el caso de que una entidad pública haya decidido contratar con un proveedor de computadoras para adquirir un lote necesario para equipar sus oficinas. Asumiendo que el proceso de selección correspondiente hubiese sido el de la licitación pública, los pasos a seguir para realizar la adquisición tendrían que haber sido los siguientes: i) Convocatoria y publicación de las bases en el SEACE ii) Registro de participantes iii) Formulación y absolución de consultas y observaciones iv) Integración de las bases v) Presentación y evaluación de ofertas vi) Calificación y otorgamiento de la buena pro<sup>216</sup>.

---

<sup>216</sup> Véase el artículo 49º del Decreto Supremo 350-2015-EF (RLCE).

Si en lugar de proceder a la realización de todos estos pasos formales, los funcionarios de la entidad pública simplemente recaban cotizaciones de las empresas más serias del medio dedicadas a la venta de computadoras y eligen de entre éstas a la que mejores condiciones económicas ofrece, esa elección constituiría una infracción administrativa por no haberse llevado conforme a ley.

Pero, ¿debe también entenderse ese hecho como un indicio significativo de colusión? Considero que no, en tanto la selección de la empresa tomando la decisión luego de estudiar las cotizaciones de las otras permite sostener que, en principio, la misma no ha sido producto de un acuerdo colusorio. Ciertamente, tampoco ha sido producto del procedimiento previsto en la ley para tales fines, y por esa razón es probable que los funcionarios responsables de la operación sean sancionados administrativamente. A efectos de lo que pretende analizarse en un caso de colusión, el que se hayan respetado o no las formalidades previstas en las normas sobre contrataciones del Estado no es determinante.

Por el contrario, el apartamiento respecto de dichas formalidades solo adquirirá significado indiciario en una investigación por colusión cuando represente la concesión de una ventaja o beneficio indebido para un privado. En el caso planteado, en cambio, el procedimiento alternativo informal empleado por los funcionarios para adquirir las computadoras no mejora la posición de ninguno de los posibles contratistas respecto de sus competidores. Debido a ello, salvo que existan otros indicios que motivasen un cambio de parecer, un caso de esa naturaleza debería permanecer en el ámbito solo del derecho administrativo-sancionador.

## Conclusiones

1. Según la muestra analizada, la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de confirmación de condenas y anulación de absoluciones por el delito de colusión se compone principalmente de casos contra funcionarios de municipalidades provinciales y distritales (67.8%). Además, en uno de cada tres casos la prueba indiciaria no se aplica o se aplica mínimamente, por existir prueba directa del acuerdo colusorio.
2. Dicha jurisprudencia puede ser sistematizada en al menos 6 tipologías, según la forma como se ejecute el acuerdo colusorio. Sin embargo en buena parte de ella, y, específicamente, en muchos de los casos que sí recurren a la prueba indiciaria, se presentan severos problemas de motivación al momento de la valoración probatoria debido a que el juzgador confunde la mera enumeración de los hechos indicadores con la acreditación del hecho indicado, sin desarrollar la inferencia que permite vincular ambos, ni realizar la supresión de alternativas no incriminatorias necesaria dentro de dicho esquema.
3. Con el fin de superar esta problemática, es posible recurrir a los criterios específicos de valoración de la prueba indiciaria para cada una de las tipologías mencionadas detallados en el capítulo 3, los cuales ayudan a interpretar mejor los indicios con los que se cuenta en éstas, descartando las alternativas no incriminatorias pertinentes y permitiendo construir inferencias probatorias más sólidas.
4. En lo que respecta a la valoración de los hechos constitutivos de infracciones administrativas como indicios relevantes en los casos de colusión, es posible y recomendable recurrir a los criterios de i) trascendencia de cara a una tipología concreta y capacidad para generarle un beneficio indebido al particular ii) no acumulación meramente cuantitativa iii) concatenación para favorecer a un único postor y iv) no realización de procedimientos alternativos razonables para cautelar el interés público, con el fin de evaluar el mérito probatorio de éstos.

## Bibliografía

### Publicaciones

- ABANTO VASQUEZ, Manuel. Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Palestra editores, Lima, 2008.
- AVELLANEDA ROJAS, Julio. Líneas Jurisprudenciales establecidas en el Derecho Internacional y nacional a propósito del delito de terrorismo. Instituto de Defensa Legal, Lima, 2011.
- CLIMENT DURÁN, Carlos. La prueba penal. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- DE TRAZEGNIES, Fernando. *La teoría de la prueba indiciaria*. En: Doxa, Tendencias Modernas del Derecho. Normas Legales, Trujillo, 2004.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 168: El archivo fiscal de denuncias por Colusión y Peculado. Estudio realizado en los distritos de Lima, Áncash, Ayacucho y Junín. Defensoría del Pueblo, Lima, 2014.
- ECHANDÍA DEVIS, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Quinta edición. Victor P. de Zavala editor, Buenos Aires, 1981.
- ESQUIVEL OVIEDO, Juan Carlos y MURO Rojo, Manuel (comp.). Los delitos contra la Administración Pública en la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
- FLORIAN, Eugenio. De las Pruebas Penales. Tomo I. Traducido de la 3ra edición italiana por Jorge Guerrero. Editorial Temis, Bogotá, 1990.
- FORNO FLORES, Hugo. *Acerca de la noción de contrato*. En: Gaceta Jurídica, Tomo 78-B. Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
- FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. Lógica de las pruebas en materia criminal. Volumen I. Traducido por Simon Carrejo. Editorial Temis, Bogotá, 1964.
- GARCIA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, Luis. El delito de colusión. Grijley, Lima, 2008.
- GARCIA CAVERO, Percy. Derecho Penal. Parte General. Grijley, Lima, 2008.
- GARCÍA CAVERO, Percy. La prueba por indicios. Editorial Reforma, Lima, 2010.
- GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal Económico. Parte General. 3ra edición. Jurista editores, Lima, 2014.
- GORPHE, François. La apreciación judicial de las pruebas. Traducido por Delia García Daireaux. La Ley, Buenos Aires, 1967.
- GUIMARAY MORI, Erick y RODRIGUEZ VÁSQUEZ, Julio. *Colusión por comisión por omisión: el caso de los Alcaldes y los Presidentes regionales*. En: Ius et Veritas N° 51. Asociación Civil Ius et Veritas, Lima, 2015.
- GUIMARAY MORI, Erick. *La tipificación penal del delito de colusión*. En: Boletín Anticorrupción Idehpucp, N° 7, Octubre 2011, p. 4. Disponible en: [http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/octubre\\_2011\\_n07.pdf](http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/octubre_2011_n07.pdf).
- HUGO ALVAREZ, Jorge. Delitos cometidos por Funcionarios Públicos contra la Administración Pública. Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
- JAKOBS, Günther. La imputación objetiva en Derecho Penal. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Editorial Grijley, Lima, 1998.
- JAUCHEN, Eduardo M. Tratado de la prueba en materia penal. Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, 2004.



- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal. Jose Maria Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- MIXÁN MÁSS, Florencio. Prueba indiciaria. Ediciones BGL, Trujillo, 1995.
- MONTERO AROCA, Juan et al. Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal. 18<sup>o</sup> edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010
- MONTOYA VIVANCO, Yvan et al. Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. Instituto de Democracia y Derechos Humanos y Pontificia Universidad Católica, Lima, 2013. Disponible en: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2013/07/Manual-de-capacitaci%C3%B3n-para-operadores-de-justicia-en-delitos-contra-la-administraci%C3%B3n-p%C3%BAblica.pdf>
- MUÑOZ SABATÉ, Lluís. Curso Superior de Probática Judicial. La Ley, Madrid, 2012.
- NIEVA FENOLL, Jordi. La duda en el proceso penal. Marcial Pons, Madrid, 2013.
- NIEVA FENOLL, Jordi. *Proceso Penal y delitos de corrupción (Algunas bases para la reforma estructural del Proceso Penal)*. En: InDret, Revista para el Análisis del Derecho N°2/2013. Barcelona, Marzo del 2013. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/264212>, revisado el 19.3.2018.
- NOLASCO VALENZUELA José y AYALA MIRANDA, Érika. Delitos contra la Administración Pública. Tomo II. Ara Editores. Lima, 2013.
- PABÓN GÓMEZ, Germán. Lógica del indicio en materia criminal. Ediciones Jurídicas, Santa Fe de Bogotá, 1994.
- PASTOR, Daniel R. *Acerca del Derecho Fundamental al Plazo Razonable de Duración del Proceso Penal*. En: Revista de Estudios de la Justicia, N° 4. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2004. Disponible en: [http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/Articulo%20sobre%20plazo%20razonable%20Pastor\\_10\\_.pdf](http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/Articulo%20sobre%20plazo%20razonable%20Pastor_10_.pdf), revisado el 19.3.2018.
- PÁUCAR CHAPPA, Marcial. La investigación del delito de lavado de activos. Tipologías y Jurisprudencia. Ara Editores, Lima, 2013.
- PEDRESCHI GARCÉS, Willy. *Aproximaciones al Régimen de Contratación Directa en la Nueva Ley de Contrataciones del Estado. A propósito del Proyecto de Reglamento de la Ley N° 30225, cuya publicación fuera dispuesta mediante Resolución Ministerial N° 216-2015-EF/15*. En: Revista Derecho & Sociedad N° 44. Asociación Civil Derecho & Sociedad, Lima, 2015.
- PÉREZ ARROYO, Miguel. La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú. (2001-2005). Tomo II. Editorial San Marcos. JurisConsulti Editores. Lima.
- QUIROZ, Alfonso W. Historia de la corrupción en el Perú. Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2013.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal. Jurista editores, Lima, 2015.
- ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. 4<sup>o</sup> edición, Grijley, Lima, 2007.
- ROJAS VARGAS, Fidel. Jurisprudencia Penal Comentada. Tomo II. Idemsa, Lima, 2005.
- ROSAS YATACO, Jorge. *Prueba indiciaria: doctrina y jurisprudencia penal*. En: Anuario de Derecho Penal 2004. La reforma del Proceso Penal. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004.

- ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Traducido de la 2da edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña et al. Civitas, Madrid, 1997.
- SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo. *El concepto y los factores de los contratos de la administración pública como referentes necesarios para el desarrollo del Sistema de Contratación en el Perú*. En: Revista Derecho y Sociedad N° 29. Asociación Civil Derecho y Sociedad, Lima, 2008.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. 3° edición. Grijley, Lima, 2014.
- SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Grijley, Lima, 2014.
- San Martin Castro, César. Jurisprudencia y Precedente Penal Vinculante. Vol.2. Palestra, Lima, 2006.
- SANTA MARIA PECQ, Luis Carlos (Dir.). Jurisprudencia Penal. Tomo II. Editorial Normas Legales, Lima, 2005.
- SERRA DOMINGUEZ, Manuel. Estudios de Derecho Probatorio. Communitas, Lima, 2009.
- TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. 3ra edición. Traducido por Jordi Ferrer Beltrán. Editorial Trotta, Milano, 2009.
- VARGAS VALDIVIA, Luis. *Tratamiento de la prueba indiciaria en el delito de colusión desleal: especial referencia a la prueba indiciaria*. En: MONTTOYA VIVANCO, Yvan (comp.). Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Idehpucp), Lima, 2012.

#### Sitios Web

- SITIO WEB OFICIAL DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA: <http://dle.rae.es/?id=9s5urAc&o=h>, revisado el 31.10.2015

**Listado de jurisprudencia revisada**  
**Confirmación de condenas y anulación de absoluciones agrupadas**  
**por tipología**

Tipología 1

- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1522-2009-Ancash<sup>217</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 636-2008-Lima<sup>218</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 891-2010-Ucayali<sup>219</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1231-2010-Amazonas<sup>220</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 416-2011-Arequipa<sup>221</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 822-2011-Cajamarca<sup>222</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1092-2011-Cajamarca<sup>223</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Expediente 3137-2000-Lima<sup>224</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1477-2004-Arequipa<sup>225</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2653-2009-Ica<sup>226</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2483-2010-Arequipa<sup>227</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2473-2008-Lima Norte<sup>228</sup>

<sup>217</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1522-2009-Ancash, del 2 de agosto del 2010, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>218</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 636-2008-Lima, del 24 de marzo del 2010, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>219</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 891-2010-Ucayali, del 20 de abril del 2011, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>220</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1231-2010-Amazonas, del 13 de abril del 2011, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>221</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 416-2011-Arequipa, del 24 de agosto del 2011 emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>222</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 822-2011-Cajamarca, del 16 de septiembre del 2011, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>223</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1092-2011-Cajamarca, del 18 de enero del 2012, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>224</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Expediente 3137-2000-Lima, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 24 de enero del 2001. En: ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia Penal Comentada*. Tomo II. Idemsa, Lima, 2005, pags. 308-311.

<sup>225</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1477-2004-Arequipa emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 1 de marzo del 2005. En: GARCIA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, Luis. *El delito de colusión*. Grijley, Lima, 2008, p. 218-220.

<sup>226</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2653-2009-Ica, del 19 de mayo del 2010. En: NOLASCO VALENZUELA José y AYALA MIRANDA, Érika. *Delitos contra la Administración Pública*. Tomo II. Ara Editores. Lima, 2013, pags.1030-1036.

<sup>227</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2483-2010-Arequipa, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 9 de agosto del 2011. En: NOLASCO VALENZUELA José y AYALA MIRANDA, Érika. *Op. cit.* pags.1019-1031.

<sup>228</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2473-2008-Lima Norte emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 26 de agosto del 2009. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).



- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 529-2008-Arequipa<sup>229</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 5227-2008-Cajamarca<sup>230</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 628-2009-Ica<sup>231</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1015-2009-Puno<sup>232</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 246-2008-Callao<sup>233</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1247-2009-Apurimac<sup>234</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 379-2013-Puno<sup>235</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1130-2012-Lima<sup>236</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1904-2012-Puno<sup>237</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2475-2012-La Libertad<sup>238</sup>  
(también incluido en la tipología 2 porque incluye dos casos)
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2621-2013-Amazonas<sup>239</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3647-2012-Lambayeque<sup>240</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1621-2012-San Martín<sup>241</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1847-2012-Lima<sup>242</sup>

<sup>229</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 529-2008-Arequipa emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 8 de mayo del 2009. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>230</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 5227-2008-Cajamarca emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 18 de febrero del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>231</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 628-2009-Ica emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 27 de enero del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>232</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1015-2009-Puno emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 17 de febrero del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>233</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 246-2008-Callao emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 14 de abril del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>234</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1247-2009-Apurimac emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, del 18 de agosto del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>235</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 379-2013-Puno emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, del 7 de noviembre del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>236</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1130-2012-Lima, del 3 de abril del 2012, emitida por la Sala Penal Transitoria. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>237</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1904-2012-Puno, del 25 de septiembre del 2013, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>238</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2475-2012-La Libertad emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 29 de mayo del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>239</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2621-2013-Amazonas emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, del 23 de diciembre del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>240</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3647-2012-Lambayeque emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 22 de mayo del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>241</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1621-2012-San Martín emitida por la Sala Penal Transitoria el 3 de abril del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>242</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1847-2012-Lima emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 29 de mayo del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1847-2012-Lima<sup>243</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 590-2013-Ancash<sup>244</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 756-2014-Ancash<sup>245</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2723-2013-Amazonas<sup>246</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2730-2012-Ica<sup>247</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3325-2013-Junin<sup>248</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1397-2014-Piura<sup>249</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2517-2014-Ancash<sup>250</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3064-2013-Junin<sup>251</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 5629-2006-Arequipa<sup>252</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3209-2007-Ica<sup>253</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 167-2012-Tacna<sup>254</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 917-2012-San Martin<sup>255</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 937-2012-Cusco<sup>256</sup>

<sup>243</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1847-2012-Loreto emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 29 de mayo del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>244</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 590-2013-Ancash emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 15 de mayo del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>245</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 756-2014-Ancash emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 4 de septiembre del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>246</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2723-2013-Amazonas, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 24 de septiembre del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>247</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2730-2012-Ica, emitida el 13 de febrero del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>248</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3325-2013-Junin, emitida el 6 de junio del 2014 por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>249</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1397-2014-Piura emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 8 de julio del 2015. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>250</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2517-2014-Ancash emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 10 de septiembre del 2015. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>251</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3064-2013-Junin emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 5 de mayo del 2015. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>252</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 5629-2006-Arequipa emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 14 de marzo del 2008. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>253</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3209-2007-Ica emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 19 de marzo del 2009. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>254</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 167-2012-Tacna emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 16 de abril del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>255</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 917-2012-San Martin emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 28 de febrero del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>256</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 937-2012-Cusco emitida por la Sala Penal Transitoria el 2 de abril del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).



- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2217-2012-Ica<sup>257</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3331-2011-Lima<sup>258</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 4099-2011-Lima<sup>259</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 256-2013-Ayacucho<sup>260</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 732-2014-Lima<sup>261</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1260-2013-Ancash<sup>262</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1739-2013-San Martín<sup>263</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1995-2013-Apurímac<sup>264</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1647-2013-San Martín<sup>265</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1722-2016-Del Santa<sup>266</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 742-2009-La Libertad<sup>267</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1829-2012-Cajamarca<sup>268</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3644-2012-Amazonas<sup>269</sup>

<sup>257</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2217-2012-Ica emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 16 de octubre del 2012. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>258</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3331-2011-Lima emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 11 de enero del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>259</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 4099-2011-Lima emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 17 de abril del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>260</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 256-2013-Ayacucho emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 16 de enero del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>261</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 732-2014-Lima emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 3 de diciembre del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>262</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1260-2013-Ancash emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 23 de octubre del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>263</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1739-2013-San Martín emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 17 de septiembre del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>264</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1995-2013-Apurímac emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 12 de marzo de 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>265</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1647-2013-San Martín emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 22 de enero de 2015. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>266</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1722-2016-Del Santa emitida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 23 de enero del 2017. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>267</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 742-2009-La Libertad emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 13 de abril del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>268</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1829-2012-Cajamarca emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 24 de abril del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>269</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3644-2012-Amazonas emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 15 de mayo del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

## Tipología 2

- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 144-2004-Junin<sup>270</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3978-2001-Arequipa<sup>271</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2222-2004-Tumbes<sup>272</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 4661-2007-Ucayali<sup>273</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 067-2008-Ucayali<sup>274</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2475-2012-La Libertad<sup>275</sup> (también incluido en la tipología 1 porque incluye dos casos)
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1879-2010-Huanuco<sup>276</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2261-2010-Lima<sup>277</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3477-2010-Ica<sup>278</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1538-2011-Puno<sup>279</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 303-2010-Piura<sup>280</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 324-2011-Junin<sup>281</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3502-2012-Ica<sup>282</sup>

<sup>270</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 144-2004-Junin, del 7 de julio del 2004, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. En: SANTA MARIA PECQ, Luis Carlos (Dir.). *Jurisprudencia Penal*. Tomo II. Editorial Normas Legales, Lima, 2005, p.220-225.

<sup>271</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3978-2001-Arequipa, del 9 de octubre del 2002, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. En: PÉREZ ARROYO, Miguel. *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú*. (2001-2005). Tomo II. Editorial San Marcos. JurisConsulti Editores. Lima, 2006, pags. 1302-1308.

<sup>272</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2222-2004-Tumbes, resuelto por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 14 de febrero del 2005. En: GARCIA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, Luis. *Aspectos dogmáticos esenciales...* Op. cit. p. 233-235.

<sup>273</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 4661-2007-Ucayali emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 30 de marzo del 2009. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>274</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 067-2008-Ucayali emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 12 de agosto del 2009. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>275</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2475-2012-La Libertad emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 29 de mayo del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>276</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1879-2010-Huanuco emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 21 de junio del 2011. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>277</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2261-2010-Lima emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 21 de septiembre del 2011. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>278</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3477-2010-Ica emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 23 de marzo del 2011. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>279</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1538-2011-Puno emitida por la Sala Penal Transitoria el 4 de noviembre del 2011. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>280</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 303-2010-Piura emitida por la Sala Penal Transitoria el 30 de marzo del 2011. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>281</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 324-2011-Junin emitida por la Sala Penal Transitoria el 16 de septiembre del 2011. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>282</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3502-2012-Ica, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 9 de octubre del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 756-2014-Ancash<sup>283</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1076-2013-Ucayali<sup>284</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1325-2013-Lambayeque<sup>285</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1361-2013-Junin<sup>286</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2493-2013-Cusco<sup>287</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2620-2013-Amazonas<sup>288</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2926-2013-Arequipa<sup>289</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3034-2013-Amazonas<sup>290</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3237-2013-Puno<sup>291</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3332-2013-Arequipa<sup>292</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3551-2014-Santa<sup>293</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1702-2007-Piura<sup>294</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1934-2007-Arequipa<sup>295</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3307-2008-Loreto<sup>296</sup>

<sup>283</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 756-2014-Ancash emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 4 de septiembre del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>284</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1076-2013-Ucayali, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 2 de abril del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>285</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1325-2013-Lambayeque, del 29 de octubre del 2014, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>286</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1361-2013-Junin, del 5 de marzo del 2014, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>287</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2493-2013-Cusco, del 23 de julio del 2014, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>288</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2620-2013-Amazonas, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 24 de junio del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>289</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2926-2013-Arequipa, emitida por Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 27 de agosto del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>290</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3034-2013-Amazonas, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 10 de octubre del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>291</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3237-2013-Puno, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 30 de mayo del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>292</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3332-2013-Arequipa, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 8 de septiembre del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>293</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3551-2014-Santa, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 17 de abril del 2015. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>294</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1702-2007-Piura emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 12 de marzo del 2008. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>295</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1934-2007-Arequipa emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 19 de marzo del 2009. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>296</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3307-2008-Loreto emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 13 de mayo del 2009. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).



- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1444-2009-La Libertad<sup>297</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 77-2012-Cusco<sup>298</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 236-2012-Lima<sup>299</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 694-2012-Lima<sup>300</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1322-2013-Huancavelica<sup>301</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1389-2012-Cañete<sup>302</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 278-2013-Loreto<sup>303</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 285-2014-Junin<sup>304</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2949-2014-Santa<sup>305</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1527-2016-Del Santa<sup>306</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2675-2016-Del Santa<sup>307</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1444-2009-La Libertad<sup>308</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1832-2012-La Libertad<sup>309</sup>

<sup>297</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1444-2009-La Libertad emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 4 de junio del 2010. Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>298</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 77-2012-Cusco emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 22 de agosto del 2012. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>299</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 236-2012-Lima emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 9 de enero del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>300</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 694-2012-Lima emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 6 de marzo del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>301</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1322-2013-Huancavelica emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 20 de noviembre del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>302</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1389-2012-Cañete emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 16 de enero del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>303</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 278-2013-Loreto emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 23 de enero del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>304</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 285-2014-Junin emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 18 de junio del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>305</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2949-2014-Santa emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 7 de mayo del 2015. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>306</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1527-2016-Del Santa emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 5 de diciembre del 2016. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>307</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2675-2016-Del Santa emitida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 18 de mayo de 2017. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>308</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1444-2009-La Libertad emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 4 de junio del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>309</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1832-2012-La Libertad emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 5 de junio del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

### Tipología 3

- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 124-2005-Ancash<sup>310</sup>
- Ejecutoria Suprema que resolvió el Recurso de Nulidad N° 1396-2005-Ayacucho<sup>311</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 4741-2006-Cusco<sup>312</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 18-2008-Huancavelica<sup>313</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 718-2010-San Martín<sup>314</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1637-2013-Lima<sup>315</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3879-2013-Puno<sup>316</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3189-2010-Junín<sup>317</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3328-2009-Apurímac<sup>318</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2227-2012-Cajamarca<sup>319</sup>

### Tipología 4

- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 532-2003-San Martín<sup>320</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3953-2010-Amazonas<sup>321</sup>

---

<sup>310</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 124-2005-Ancash, del 6 de julio del 2005, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. En: GARCIA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, Luis. Op. cit. p. 237-239.

<sup>311</sup> Ejecutoria Suprema que resolvió el Recurso de Nulidad N° 1396-2005-Ayacucho, del 14 de julio del 2005, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema GARCIA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, Luis. Op. cit. pp.246-247.

<sup>312</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 4741-2006-Cusco emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, del 30 de enero del 2008. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>313</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 18-2008-Huancavelica emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, del 5 de junio del 2008. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>314</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 718-2010-San Martín emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 23 de julio del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>315</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1637-2013-Lima, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 7 de mayo del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>316</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3879-2013-Puno, del 25 de junio del 2014, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>317</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3189-2010-Junín, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 8 de noviembre del 2011. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>318</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3328-2009-Apurímac emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 13 de abril del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>319</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2227-2012-Cajamarca emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 20 de noviembre del 2012. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>320</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 532-2003-San Martín emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 4 de mayo del 2004. En: PÉREZ ARROYO, Miguel. Op. cit. p. 1313-1316.

<sup>321</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3953-2010-Amazonas emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, del 20 de julio del 2011. En: NOLASCO VALENZUELA José y AYALA MIRANDA, Érika. Op. cit. p. 1009-1019.



- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3482-2007-Puno<sup>322</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1794-2009-Lima<sup>323</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 5718-2006-Lima<sup>324</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1903-2009-Puno<sup>325</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2266-2012-Lima<sup>326</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3488-2012-Moquegua<sup>327</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3910-2007-Lima<sup>328</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 5305-2006-Arequipa<sup>329</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1219-2008-Ancash<sup>330</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1282-2009-Callao<sup>331</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1050-2011-Santa<sup>332</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2644-2011-Arequipa<sup>333</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 672-2013-Ica<sup>334</sup>

#### Tipología 5:

<sup>322</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3482-2007-Puno emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 17 de octubre del 2008. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>323</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1794-2009-Lima emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 18 de agosto del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>324</sup> Ejecutoria Suprema emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 5718-2006-Lima, del 23 de abril del 2008. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>325</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1903-2009-Puno, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 23 de junio del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>326</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2266-2012-Lima, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 2 de mayo del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>327</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3488-2012-Moquegua emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 4 de julio del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>328</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3910-2007-Lima emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 25 de marzo del 2008. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>329</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 5305-2006-Arequipa emitida por la Sala Penal Permanente el 27 de marzo del 2008. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>330</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1219-2008-Ancash emitida por la Sala Penal Permanente el 27 de marzo del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>331</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1282-2009-Callao emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 27 de junio del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>332</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1050-2011-Santa emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 15 de mayo del 2011. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>333</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2644-2011-Arequipa emitida por la Sala Penal Transitoria el 23 de mayo del 2012. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>334</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 672-2013-Ica emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 4 de diciembre del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2767-2008-Loreto<sup>335</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1194-2009-Piura<sup>336</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Expediente 5608-97-Cajamarca<sup>337</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 4082-2006-Lima<sup>338</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3044-2012-La Libertad<sup>339</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2374-2013-Lima<sup>340</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3372-2013-Junin<sup>341</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 102-2013-Junin<sup>342</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 849-2012-Lima<sup>343</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1402-2001-Tumbes<sup>344</sup>

## Tipología 6

- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1033-2010-Junin<sup>345</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 193-2013-Arequipa<sup>346</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 265-2013-Lima<sup>347</sup>

<sup>335</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2767-2008-Loreto emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 19 de agosto del 2009. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>336</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1194-2009-Piura emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 10 de agosto del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>337</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Expediente 5608-97-Cajamarca, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. En: ROJAS VARGAS, Fidel. Jurisprudencia Penal Comentada. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 1999, pags. 404-406.

<sup>338</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 4082-2006-Lima emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 26 de marzo del 2008. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>339</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3044-2012-La Libertad emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 23 de mayo del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>340</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2374-2013-Lima, del 22 de enero del 2014, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>341</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3372-2013-Junin, del 6 de agosto del 2014, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>342</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 102-2013-Junin el 6 de noviembre del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>343</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 849-2012-Lima emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 22 de marzo del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>344</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1402-2001-Tumbes, emitida por la Sala Penal de la Corte Suprema (no precisa cual) el 4 de junio del 2002. En: SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia Penal. Jurista editores, Lima, 2004, pags.190-194.

<sup>345</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1033-2010-Junin emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 30 de marzo del 2011. En: NOLASCO VALENZUELA José y AYALA MIRANDA, Érika. Delitos contra la Administración Pública. Tomo II. Ara Editores. Lima, 2013, pags. 992-1000.

<sup>346</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 193-2013-Arequipa emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 25 de junio del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>347</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 265-2013-Lima emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 25 de junio del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3486-2013-Arequipa<sup>348</sup>

No agrupadas en ninguna tipología:

- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 556-2007-Ancash<sup>349</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 5224-2006-Junin<sup>350</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 638-2007-Ancash<sup>351</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 067-2008-Ucayali<sup>352</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 334-2009-Lima<sup>353</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1087-2013-Ica<sup>354</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1252-2014-Lima<sup>355</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 118-2013-Lima<sup>356</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 2912-2012-Ucayali<sup>357</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Expediente 2204-2000<sup>358</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1464-2004-Cusco<sup>359</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3173-2002-Cusco<sup>360</sup>

<sup>348</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3486-2013-Arequipa emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 20 de agosto del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>349</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 556-2007-Ancash emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 10 de septiembre del 2008. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>350</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 5224-2006-Junin emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 11 de marzo del 2008. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>351</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 638-2007-Ancash emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 31 de enero del 2008. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>352</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 067-2008-Ucayali emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 12 de agosto del 2009. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>353</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 334-2009-Lima emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 16 de junio del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>354</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1087-2013-Ica emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 17 de septiembre del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>355</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1252-2014-Lima emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 1 de octubre del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>356</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 118-2013-Lima emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 22 de septiembre del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>357</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 2912-2012-Ucayali emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 19 de marzo del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>358</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Expediente 2204-2000 emitida por la Sala Penal “C” de la Corte Suprema el 18 de octubre del 2000. En: ROJAS VARGAS, Fidel. Jurisprudencia Penal Comentada. Tomo II. Idemsa, Lima, 2005, pags.312-314.

<sup>359</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 1464-2004-Cusco emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 17 de febrero del 2005. En: GARCIA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, Luis. El delito de colusión. Grijley, Lima, 2008, pp.226-229.

<sup>360</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3173-2002-Cusco emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 6 de julio del 2005. En: GARCIA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, Luis. El delito de colusión. Grijley, Lima, 2008, pp.240-242.



- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 4667-2001-Puno<sup>361</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 432-2004-Tumbes<sup>362</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3312-2006-Arequipa<sup>363</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 709-2007-Junin<sup>364</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 4736-2007-Lima<sup>365</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 576-2009-Amazonas<sup>366</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 3751-2009-Ucayali<sup>367</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 4771-2009-Lima<sup>368</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 263-2010-Piura<sup>369</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 2381-2010-Loreto<sup>370</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 3555-2010-Cusco<sup>371</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 29-2012-Piura<sup>372</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 750-2013-San Martín<sup>373</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 78-2013-La Libertad<sup>374</sup>

<sup>361</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 4667-2001-Puno emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 6 de agosto del 2003. En: SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia Penal. Jurista editores, Lima, 2004, pags. 181-184.

<sup>362</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 432-2004-Tumbes emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 10 de febrero del 2005. En: GARCIA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, Luis. El delito de colusión. Grijley, Lima, 2008, pp.259-261.

<sup>363</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 3312-2006-Arequipa emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 19 de marzo del 2008. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>364</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 709-2007-Junin emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 27 de marzo del 2008. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>365</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 4736-2007-Lima emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 12 de marzo del 2009. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>366</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 576-2009-Amazonas emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 5 de mayo del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>367</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 3751-2009-Ucayali emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 7 de octubre del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>368</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 4771-2009-Lima emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 10 de agosto del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>369</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 263-2010-Piura emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 8 de abril del 2011. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>370</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 2381-2010-Loreto emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 15 de junio del 2011. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>371</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 3555-2010-Cusco emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 14 de julio del 2011. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>372</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 29-2012-Piura emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 22 de marzo del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>373</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 750-2013-San Martín emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 13 de noviembre del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>374</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 78-2013-La Libertad emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 9 de diciembre del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).



- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 629-2013-Ayacucho<sup>375</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1969-2012-La Libertad<sup>376</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 3724-2013-Lima<sup>377</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 3876-2012-Amazonas<sup>378</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 109-2009-El Santa<sup>379</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 672-2013-Ica<sup>380</sup>
- Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1793-2013-Apurimac<sup>381</sup>



<sup>375</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 629-2013-Ayacucho emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 30 de abril del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>376</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1969-2012-La Libertad emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 16 de enero del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>377</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 3724-2013-Lima emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 9 de septiembre del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>378</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 3876-2012-Amazonas emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 12 de febrero del 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>379</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 109-2009-El Santa emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 16 de marzo del 2010. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>380</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 672-2013-Ica emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 4 de diciembre del 2013. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

<sup>381</sup> Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1793-2013-Apurimac emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 15 de enero de 2014. En: Base de datos del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).